

## INTRODUCCION

1. Objeto de la obra . . . . .	11
2. <i>A.</i> —Panorama del sistema constitucional: la autonomía de cada Estado en el ámbito legislativo y los poderes del Congreso . . . . .	12
3. La autonomía de los Estados en el ámbito judicial y la competencia de las jurisdicciones federales . . . . .	13
4. El derecho de los Estados Unidos. Su dificultad, su importancia y su interés; utilidad y posibilidad de su estudio en Francia . . . . .	14
5. <i>B.</i> —Las fuentes del derecho. Panorama general y clasificaciones . . . . .	19
6. Las fuentes del derecho federal . . . . .	20
7. Las fuentes del derecho de los Estados . . . . .	25
8. Plan . . . . .	26

## INTRODUCCION

1. Objeto de la obra.
2. *A.* Panorama del sistema constitucional: la autonomía de cada Estado en el ámbito legislativo y los poderes del Congreso.
3. La autonomía de los Estados en el ámbito judicial y la competencia de las jurisdicciones federales.
4. El derecho de los Estados Unidos. Su dificultad, su importancia y su interés; utilidad y posibilidad de su estudio en Francia.
5. *B.* Las fuentes del Derecho. Panorama general y clasificaciones.
6. Las fuentes del derecho federal.
7. Las fuentes del derecho de los Estados.
8. Plan.

1.—Esta obra constituye, con un estudio precedente sobre *El sistema constitucional de los Estados Unidos*,<sup>1</sup> un todo que deseamos forme una “introducción” al derecho de los Estados Unidos.

René David ha expuesto muy claramente los servicios que pueden obtenerse de obras consagradas a las fuentes y a las técnicas; al espíritu de un derecho extranjero.<sup>2</sup> Sin exponer el fondo del derecho —lo que no se puede hacer en un volumen más que de una manera sumaria—, son capaces de proporcionar al lector los conocimientos suficientes y el método adecuado para estudiar, por sí mismo, ya un sector de ese derecho extranjero, ya una cuestión determinada a la que aquél aporte respuesta.

Es con este espíritu con el que se ha concebido la presente obra.<sup>3</sup>

---

*Véase la lista de libros o artículos citados sólo por el nombre del autor o abreviadamente, infra, p. 649.*

1.—

1. André y Suzanne TUNC, *Le système constitutionnel des Etats-Unis*, prefacio de René DAVID, 2 vols. 1954 (1er. vol.: *Histoire constitutionnel des Etats-Unis*; 2º vol.: *Le système constitutionnel actuel*).

2. René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, pp. 25-30 (Edición española: *Tratado de Derecho Civil comparado*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, 632 pp.)

3. Sobre las técnicas y las fuentes del Derecho de los Estados Unidos, v. igualmente, Oscar RABASA, *El Derecho Anglo-Americano*, 1944; René DAVID,

Hemos dicho en otro lugar, que la naturaleza federal de los Estados Unidos, o, desde otro punto de vista, la intromisión del Derecho constitucional en el Derecho privado y en la vida cotidiana de los ciudadanos, imponen a quien se interese en el Derecho norteamericano, la necesidad de obtener un fundamental conocimiento de su sistema constitucional, tanto en su aspecto histórico, como en su estado actual.<sup>4</sup> Esta es la razón de ser de nuestra obra precedente, citada antes, a la que nos hemos de remitir frecuentemente. Sin embargo, parece útil recordar aquí, muy brevemente, algunas ideas fundamentales (A), antes de presentar un panorama general de las fuentes de ese derecho (B).

2.—A. Todo el derecho vigente en los Estados Unidos está dominado por una idea fundamental: la de que cada Estado conserva, en materia jurídica, su autonomía. Cada Estado posee, por sí sólo, todo el poder legislativo, el judicial e incluso el ejecutivo; el Congreso fede-

*Cours de Droit Civil Comparé 1951-1952, Introduction au droit des Etats-Unis d'Amérique*, así como el *Traité élém.*, antes citado, pp. 277-307; Pierre ARMINJON, Baron Boris NOLDE y Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, 3 vols. 1950-1952, t. 2 pp. 568-615, y t. 3 pp. 7-198; Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law* (1921), así como *Sources and Forms of Law* (1946); Ferdinand F. STONE, *Handbook of Law Study* (1952); Burke SHARTEL, *Our Legal System and How it Operates* (1951); Noël T. DOWLING, Edwin W. PATTERSON, Richard R. POWEL, *Materials for Legal Method* (1946), 2ª ed. 1952, por Harry W. JONES; William T. FRYER y Carville D. BENSON, *Cases and materials on Legal System* (1949), así como *Cases and Materials on Legal Method* (1949); Edmund M. MORGAN y Francis X. DWYER, *Introduction to the Study of Law* (1926, 2ª ed. 1948); Bernard C. GAVIT, *Introduction to the Study of Law* (1951); Charles Herman KINNANE, *A First Book on Anglo-American Law* (1932, 2ª ed., 1952); John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (1909, 2ª ed. 1921). V. igualmente, *Selected Writings of Benjamin N. Cardozo*, editado por Margaret Hall (1947); *Studying Law*, editado por Arthur T. Vanderbilt (2ª ed. 1955); las obras de filosofía del derecho citadas *infra*, N° 177, nota 1.

Se encuentra también una excelente visión panorámica del derecho de los Estados Unidos, en F. H. LAWSON, *United States Law*, "Chamber's Encyclopaedia" (1869, 3ª ed. 1950), vol. 14, pp. 154-156.

(De la obra de Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law*, hay una buena traducción de José PUIG BRUTAU, publicada por Ed. Bosch, Barcelona, 1954.)

De carácter elemental, pueden verse, en español, sobre el Derecho angloamericano: A. de COSSÍO, *La concepción anglosajona del derecho*, "Revista de Derecho Privado", xxx (1947), Madrid, pp. 233 y ss.; Leonard HORWIN, *Conceptos jurídicos fundamentales de los Estados Unidos*, "Rev. Gral. de Leg. y Jur.", febrero 1946, Madrid; Phanor EDER, *El estudio del derecho angloamericano*, "Cuadernos de Derecho Angloamericano", N° 1, julio-diciembre 1953, pp. 5-16; Roberto MOLINA PASQUEL, *El derecho angloamericano contemporáneo*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Año v, N° 14, mayo-agosto 1952, pp. 9-32; y, de mayor fondo, aunque limitado al aspecto público del derecho: Rodolfo BLEDEL, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, xv-341 pp.

4. *Le syst. const.*, t. 1, N° 2.

## INTRODUCCION

ral no puede legislar, el Presidente actuar y los tribunales federales resolver, más que en aquellas materias en las cuales la Constitución les confiere competencia.

Es éste uno de los puntos que peor se perciben en el exterior. En efecto, un gobierno federal, con sus tres *ramas clásicas*, se superpone a los gobiernos de los Estados. Pero si bien él es el único árbitro de la política exterior —lo que contribuye a que en el extranjero casi no se conozca más que a él— es cierto también, lo mismo hoy que en 1787, que no posee más que los poderes que le han sido delegados por la Constitución. El Congreso federal no puede poner fin al escándalo de los divorcios de Nevada, ni puede legislar en materia de matrimonio, de sucesión, de propiedad, de contratos o de responsabilidad. No puede, ni siquiera en principio, dictar disposiciones reglamentarias sobre la salubridad, la moralidad o el bienestar públicos.<sup>1</sup>

Por consiguiente, si se consideran los poderes que la Constitución da al Congreso federal en materia jurídica, se ve que son extremadamente débiles: reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diversos Estados de la Unión y con las tribus indígenas; establecer una norma uniforme de naturalización y leyes uniformes en materia de quiebras; asegurar la propiedad literaria e industrial; crear tribunales subordinados a la Suprema Corte.<sup>2</sup>

De hecho, el Congreso ha adquirido actualmente poderes mucho más extensos. El poder fiscalizador ha sido desviado actualmente de su finalidad y ha permitido adoptar leyes protectoras de la sanidad y de la moralidad públicas;<sup>3</sup> la disposición que permite al Congreso reglamentar el comercio entre los Estados, sobre todo, le ha permitido aumentar sus poderes. Se puede decir, no como enunciado de un principio jurídico, sino como una realidad de hecho, que el Congreso rige actualmente la economía nacional: comercio, industria, agricultura, transportes, relaciones de trabajo.<sup>4</sup> El gobierno federal tiene hoy en sus manos, por consiguiente, todos los poderes necesarios en materia de política extranjera y en materia económica; las dos materias que constituyen el objeto principal de las preocupaciones del mundo moderno. Pero sus facultades continúan siendo limitadas y, en particular, todo el "derecho de los juristas" se le escapa, por depender, únicamente, de las leyes de cada Estado o de su *common law*.

3.—Y lo que se dice en cuanto al poder legislativo, puede predicarse, igualmente, con ciertas reservas, respecto al poder judicial.

2.—

1. *Le syst. const.*, t. 2, N° 172.

2. *Le syst. const.*, t. 2, N° 171.

3. *Le syst. const.*, t. 2, N° 176.

4. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 173-175.

Esto será objeto después de consideraciones relativamente amplias;<sup>1</sup> indiquemos, sin embargo, desde ahora, que cada Estado tiene su propio sistema judicial, siempre coronado por una Suprema Corte. Sólo esos tribunales son los “tribunales de derecho común”, es decir, los tribunales que pueden decidir sin que un texto especial les atribuya competencia. Y nunca un demandante puede interponer ante una jurisdicción federal un recurso de apelación o algo equivalente a un recurso de casación contra una jurisdicción estatal, por el simple hecho de que su asunto haya sido mal juzgado.

Existe, ciertamente, un sistema judicial federal con cortes de distrito, tribunales de primera instancia, cortes de apelación de circuito, y la célebre Suprema Corte de los Estados Unidos; pero estos tribunales federales no resuelven más que los casos en que la Constitución les atribuye competencia. Más adelante veremos cuál es esta competencia;<sup>2</sup> pero digamos, brevemente, en primer lugar, que los tribunales federales, aplican el derecho federal —lo que les da un cierto control sobre las jurisdicciones estatales, al menos desde el punto de vista procesal—<sup>3</sup> y que, por otra, pueden resolver, si se les someten a ellos, los litigios que enfrenten a ciudadanos de dos o más Estados diferentes.

4.—Antes de indicar cuáles son las fuentes del derecho, parece útil todavía resumir aquí lo que con mayor amplitud hemos desarrollado en otro lugar sobre la dificultad del derecho de los Estados Unidos, su importancia, su interés y la utilidad de su estudio en Francia.<sup>1</sup>

La razón principal de la dificultad del derecho de los Estados Unidos reside realmente en el hecho de que “el derecho de los Estados Unidos” es una simple expresión geográfica y, en cualquier otro aspecto, una pura abstracción. Cada uno de los cuarenta y ocho Estados, como acabamos de decir, posee un derecho propio, aplicado por un sistema judicial, en principio, independiente. Es verdad que el derecho federal, jerárquicamente superior, se superpone al derecho de los Estados; pero estando su ámbito esencialmente limitado, no puede convertirse en instrumento de unidad en el orden jurídico y plantea, por el contrario, el problema de las relaciones entre el derecho federal y los derechos de los Estados;<sup>2</sup> así como el problema de la aplicación

3.—

1. *Infra*, Núms. 16-20.

2. *Infra*, Núms. 16 y ss.

3. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 280 y 288.

4.—

1. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 3-7.

2. V. *Le syst. const.*, t. 2, N° 189.

## INTRODUCCION

del derecho federal por los tribunales estatales y del derecho de los Estados por los tribunales federales.<sup>3</sup> En los Estados Unidos se aplican, pues, no un derecho, sino cuarenta y nueve derechos, o más bien cincuenta, puesto que a los derechos de los Estados ha de agregarse el del Distrito de Columbia, sede de Washington, la capital federal.<sup>4</sup> El que esos derechos sean "primos", todos ellos derivados del *common law* de Inglaterra,<sup>5</sup> no disminuye su autonomía, que es una fuente considerable de complicaciones.

Una segunda causa de la dificultad del derecho de los Estados Unidos reside, evidentemente, en su carácter esencialmente judicial. Un derecho judicial presenta, con relación a un derecho esencialmente legislado, ventajas e inconvenientes inherentes a su naturaleza<sup>6</sup> —aunque los derechos judiciales pueden presentar entre sí diferencias importantes—;<sup>7</sup> pero entre sus inconvenientes figura, sin duda, la mayor dificultad para conocerlo y extraer las soluciones que encierra.<sup>8</sup>

Entre los demás factores que contribuyen a hacer difíciles el conocimiento y la utilización del derecho de los Estados Unidos, se puede destacar su multiplicidad de fuentes, jerárquicamente diferentes; multiplicidad que procede, de una parte, de que la Constitución federal y la Constitución de cada Estado son fuentes de derecho en forma mucho más efectiva que en Francia y, de otra, de que todo el derecho federal, incluso un simple decreto o el reglamento de una comisión administrativa, es jerárquicamente superior al derecho de los Estados.<sup>9</sup> Se puede notar también, en las materias de *common law*, una mezcla muy curiosa de principios tradicionales y de puntos de vista modernos y realistas, sin que la evolución del derecho se haya realizado con la misma constancia y con la misma prudencia que en Inglaterra.<sup>10</sup> Se puede mencionar, en fin, la proliferación del derecho bajo todas sus formas. Cuarenta y nueve parlamentos legislan. Cuarenta y nueve Su-

3. V. *infra*, Núms. 38 y ss.

4. V. *Le syst. const.*, t. 1, N° 41, y t. 2, N° 151. El derecho vigente en el Distrito de Columbia no es otro que el que regía en Maryland en 1789, complementado y modificado por las leyes dictadas por el Congreso para el propio Distrito y por la evolución que los jueces del Distrito han hecho experimentar al *common law*. Cf. *Busby vs. Electric Utilities Employees Union* (1944), 323 U. S. 72, 79 L. ed. 78, 655, Ct. 142 (Como ejemplo de evolución, v. *President and Director of Georgetown College vs. Hughes* (D. C. Cir. 1942), 130 F. (2d) 810; *Likins vs. Protestant Episcopal Cathedral* (D. C. Cir. 1950) 87 App. D. C. 351, 187 F. (2d) 357, 28 ALR (2d) 521).—Sobre los Territorios y Dependencias, v. también *Le syst. const.*, t. 2, N° 151.

5. Es necesario destacar, inmediatamente, por supuesto, la excepción que constituye el derecho de Luisiana; cf. *infra*, N° 90.

6. Cf. *infra*, Núms. 136 y ss.

7. Cf. *infra*, Núms. 116 y ss., y 136 y ss.

8. Cf. *infra*, Núms. 137, 142.

9. Cf. *infra*, Núm. 7.

10. V., por ejemplo, *infra*, Núms. 103 y ss., 107 y ss., 132 y ss.

premas Cortes dictan sentencias, y no existe una sola cuyas decisiones dejen de influir sobre el derecho de los otros Estados. Comisiones administrativas adoptan diariamente decisiones importantes. Más de cien revistas jurídicas se publican, generalmente mensuales, todas las cuales pueden contener artículos de interés y a pesar de la habilidad de los editores, la tarea de los juristas cuidadosos continúa siendo considerable.

La importancia práctica del derecho en los Estados Unidos, es, como su dificultad, un hecho que sorprende a cualquier extranjero que resida en el continente americano. Sorprendió a Tocqueville hace más de un siglo,<sup>11</sup> continúa siendo notable, y se manifiesta en diversas formas. Las decisiones judiciales, en primer lugar, especialmente las sentencias de la Suprema Corte de Justicia, apasionan a la opinión pública; lo que se explica fácilmente, puesto que se refieren a problemas tales como la suerte de los negros, los métodos de acción permitidos a los sindicatos, los poderes del Presidente, las relaciones entre la Iglesia y el Estado, la libertad de pensamiento y de expresión. Los grandes diarios informan de las mismas, frecuentemente en primera plana, y les dedican largos editoriales. Los propios historiadores se ven obligados a concederles un lugar importante, y todo ello es algo que no se observa en ningún otro lado, fuera de los Estados Unidos.

La importancia del derecho se manifiesta, además, por la posición que ocupa el abogado en la sociedad. El hombre de negocios norteamericano no envía una carta de cierta importancia, y mucho menos celebra un contrato, sin haberlo consultado con su abogado. Si se halla al frente de una empresa algo importante, es toda su correspondencia la que ha de ser aprobada por su departamento jurídico antes de ser expedida. Los hombres públicos se reclutan, principalmente, entre los juristas. Estos son pues, de hecho, dueños de la nación, y el derecho es la disciplina que permite con mayor facilidad elevarse en la escala social y en el orden económico.

El derecho y la ley, en fin, son respetados. Mientras que un francés no siempre siente muy netamente el deber que contrae ante la nación de pagar sus impuestos y de no defraudar a las aduanas, el norteamericano siente hacia todas las leyes y reglamentaciones un respeto casi religioso — que quizá obedece en parte a razones religiosas.

11. V., el pasaje citado en *Le syst. const.*, t. 1, N° 4, V. igualmente el testimonio de un abogado de Filadelfia en 1815. (Richard RUSH, *American Jurisprudence*, reproducido por Howe, 268 y ss.) Oponiéndose a ese punto de vista de Inglaterra y los Estados Unidos, escribe: "Aquí, el derecho lo es todo... La noble definición del derecho según la cual nada está demasiado alto para estar fuera de su alcance, ni demasiado bajo que no merezca sus preocupaciones, es probablemente más exacta, en la práctica, en este país que en cualquier otro... Aquí, los Tribunales interfieren constantemente en la acción del gobierno."

## INTRODUCCION

Los factores que explican esta importancia del derecho en la vida social norteamericana son numerosos y complejos. La misma dificultad del derecho proporciona importancia al jurista. El carácter federal de la Unión y la heterogénea composición de su población, reclaman el derecho como aglutinante social. El espíritu comunitario del norteamericano, en fin, le induce a respetar el derecho; y tal espíritu procede, en sí mismo, de causas múltiples, sobre todo del protestantismo y hasta una época bastante reciente, si es que no perdura todavía, de las dificultades de la lucha contra una naturaleza pujante y frecuentemente hostil.

El derecho de los Estados Unidos no es sólo particularmente importante en la nación a la que rige, sino que es de especial interés para cualquiera que lo estudie. Si, en efecto, se manifiesta tan atrayente, es quizá un poco a causa de su propia dificultad (¿no se observa la misma fascinación en Francia por quienes estudian el derecho de la responsabilidad?); pero también porque se relaciona con los problemas vitales de la sociedad americana a que antes nos hemos referido y con otros muchos problemas tan importantes en la práctica como apasionantes por las ideas que ponen en juego.

El interés que ofrece el estudio del derecho de los Estados Unidos, incluso en el extranjero, no es, a decir verdad, puramente teórico. El estudio de este derecho, en Francia, podría presentar diversas ventajas.

Después de haber estudiado el derecho norteamericano, un francés podrá pensar que su propio derecho es, en conjunto, más formador para el espíritu y más satisfactorio en la práctica. Sin embargo, si todo estudio de derecho extranjero es un factor de renovación y de vivificación para el pensamiento jurídico,<sup>12</sup> el derecho de Inglaterra y el de los Estados Unidos son particularmente estimulantes para un francés, porque difieren bastante profundamente de su propio derecho, a pesar de gobernar a una civilización semejante a la suya.<sup>13</sup>

---

12. Cf. DAVID, *Traité élémentaire*.

13. Sobre el diferente estado de ánimo de los juristas franceses y de los anglosajones, es interesante leer a TOCKEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 2ª parte, Cap. VIII: "Los ingleses y los americanos han conservado la legislación de los precedentes, es decir, continúan extrayendo de las opiniones y de las decisiones legales de sus antecesores, las opiniones que deben tener en materia de leyes, y las decisiones que deben adoptar.

"Entre los juristas ingleses o americanos, el gusto y el respeto de lo antiguo se une pues, casi siempre, al amor de lo que es regular y legal.

"Esto ejerce también su influencia sobre el estado de espíritu de los juristas y, en consecuencia, sobre la marcha de la sociedad.

"El jurista inglés o americano busca lo que ha sido hecho, el jurista francés lo que se debe hacer; el uno quiere sentencias, el otro razones.

"Cuando escucháis a un jurista inglés o americano, quedáis sorprendidos al ver citar tan frecuentemente las opiniones de otros y oír hablar tan poco de la suya propia, al contrario de lo que acontece entre nosotros.



El estudio del Derecho norteamericano presenta dos aspectos de particular interés. Es, en primer lugar, el derecho de una nación "que ha triunfado" y que ha triunfado no sólo en el plano material, sino también, nos parece, en el social. Por consiguiente, incluso si el derecho no hubiera intervenido para nada en ese éxito, no por ello sería menos interesante estudiar cómo se ha adaptado a la civilización norteamericana moderna. Creemos, no obstante, que sería injusto considerarlo como un simple epifenómeno. Parece más bien que su derecho ha sido uno de los factores de esa moderna civilización americana. La técnica de las comisiones independientes, con poder reglamentario, ha constituido, en particular, el gran remedio aportado a los más apremiantes males sociales desde fines del siglo XIX. Su influencia sobre la vida moderna es incontestable, puesto que esa técnica domina el derecho del trabajo o el de sociedades,<sup>14</sup> y debería ser cuidadosamente estudiada en Francia<sup>15</sup> y en los países de lengua española,<sup>16</sup> donde se ganaría mucho tomándola como modelo en ciertos ámbitos.<sup>17</sup>

Por otro lado, el Derecho norteamericano está basado sobre una experiencia extraordinariamente extensa. Es el derecho de una nación de más de 160 millones de habitantes, y muy activa. Los mismos problemas de responsabilidad, de contratos, de los derechos de crédito, etc., se plantean en Francia y en los Estados Unidos; pero muchos de estos problemas, que en Francia son discutidos sobre la base de algunas sentencias, han dado lugar en los Estados Unidos a múltiples decisiones, que permiten obtener una visión más amplia del problema y han suscitado estudios más numerosos.

---

"No existe asunto, por pequeño que sea, que el abogado francés consienta tratar sin hacer valer un sistema de ideas que le pertenecen, y discutirá hasta los principios constitutivos de las leyes, con el fin de lograr que el tribunal haga retroceder una toesa el límite de la herencia en disputa.

"Esta especie de sacrificio que el jurista inglés o americano hace de su propio modo de sentir, para referirse al sentimiento de sus mayores, esta especie de servidumbre en la cual está obligado a mantener su pensamiento, debe proporcionar al espíritu jurídico hábitos más tímidos y tendencias más estáticas en Inglaterra y en América que en Francia."

V. igualmente Henry BATIFFOL, *Contrastes entre l'esprit juridique anglo-saxon et l'esprit juridique continental*, "Annales de droit et de sciences politiques" (Bruxelles), 1954. *infra* N° 61, texto y notas 4 y 5.

14. Sobre su importancia actual, v. *Le syst. const.*, t. 2, N° 329 y ss.

15. Cf. Bernard SCHWARTZ, *Le droit administratif américain*, *Notions générales*, prólogo de Henry PUGET, 1952.

16. Cf. Jorge Tristán BOSCH, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, 1953.

17. En lo relativo al derecho de sociedades, v. André TUNC, *Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis*, "Rev. trim. der. comm." 1952, pp. 255 y ss. y pp. 509 y ss.; *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, D. 1952, cap. pp. 73 y ss.; nota al D. 1153, 312, ante el Trib. comm. del Sena, 15 de enero de 1953.

## INTRODUCCION

5.—B. La teoría de las fuentes no escapa a la complejidad que caracteriza a todo lo que se relaciona con el derecho de los Estados Unidos.

La razón fundamental es el hecho, ya mencionado,<sup>1</sup> de que “el derecho de los Estados Unidos” sea una simple expresión geográfica, un derecho federal que se superpone a cuarenta y ocho derechos estatales — o a cuarenta y nueve si se incluye el del Distrito de Columbia.

Esta fragmentación, en verdad, no impide exponer una teoría general de las fuentes del derecho. Un gran conjunto de principios comunes rigen, a reserva, por otra parte, de particularidades múltiples, el derecho federal y todos los derechos de los Estados. Y si es cierto que el derecho federal, de un lado, y el derecho de cada Estado, por otro, tienen sus propias fuentes, bastará hacer en esta introducción una enumeración de esas fuentes, para que un estudio común se haga posible.

Un segundo motivo de complejidad estriba en una distinción que debe señalarse inmediatamente. Ya se trate de derecho federal o de derecho de los Estados, se oponen las fuentes imperativas (*binding sources, authoritative sources*, o a veces *sources of a binding or controlling authority*) y fuentes persuasivas (*persuasive sources* o, en ocasiones, *sources of a persuasive authority*).

Esta distinción es, sin embargo, fácil de entender. Las fuentes imperativas son las que se imponen al juez: la Constitución federal y la de cada Estado, por ejemplo; las leyes y el *common law* de cada Estado, en un litigio que no ponga en juego, en ninguna forma, un derecho extranjero. Las fuentes persuasivas son las que pueden, a veces, proporcionar al juez un elemento de decisión, pero no se imponen a él: la opinión expresada en un litigio anterior por un juez, sin haber llegado a ser adoptada por la Corte; las decisiones de otros Estados de la Unión cuyo derecho no sea aplicable al caso.

La distinción, en principio, es fundamental; pero no es, en realidad, tan tajante como puede parecer. Si las fuentes “imperativas” fuesen verdaderamente imperativas, las fuentes persuasivas no tendrían lugar alguno en la decisión. Sin embargo, no es así. Se verá, sobre todo, que las Cortes Supremas se permiten una libertad bastante amplia respecto de los precedentes, los que, no obstante, constituyen una fuente “imperativa”;<sup>2</sup> y se verá también qué factores inspiran en tales casos la decisión.<sup>3</sup>

---

5.—

1. Cf. *supra*, N° 4.

2. Cf. *infra*, Núms. 107 y ss.

3. Cf. *infra*, Núms. 127 y ss.

6.—El derecho federal nace de diversas fuentes, aun sin considerar más que las fuentes imperativas.

En primer lugar, evidentemente, la Constitución.

Inmediatamente a su lado, se pueden hacer figurar las decisiones judiciales que interpretan la Constitución. Puede parecer ilógico, en verdad, colocar en el mismo rango que la Constitución las decisiones que la aplican y la interpretan. Incluso si las decisiones judiciales son consideradas como una fuente del derecho, lo que de hecho puede admitirse,<sup>1</sup> parecen constituir una fuente inferior al texto a que se refieren. Una simple decisión puede, además, contradecir a otra precedente,<sup>2</sup> mientras que no puede, por el contrario, rechazar la Constitución. Una visión realista de las cosas permite, sin embargo, poner en duda que las decisiones judiciales hayan de situarse por debajo de la ley — o, en su caso, de la Constitución. Desde cierto punto de vista se estaría tentado a colocarlas por encima, al menos en su autoridad temporal. Y es que, en efecto, como se ha dicho frecuentemente, la ley es lo que el juez dice que es. Y el adagio es particularmente exacto en lo que concierne a la Constitución de los Estados Unidos, cuya significación ha sido profundamente modificada bajo la influencia de la Suprema Corte, así como por la de los presidentes y el Congreso.<sup>3</sup>

Igualmente, al lado de la Constitución se pueden situar los principios del *common law* ordinariamente reconocidos en los Estados Unidos, que son necesarios para la interpretación de la Constitución. Esta clasificación no debe inducir a error. El concepto “principio de *common law* generalmente reconocido”, no es casi un concepto jurídico. En todo caso, en la medida en que existe, no prevalece sobre una ley federal. Lo que es necesario reconocer, lisa y llanamente, es que numerosos términos de la Constitución no tienen sentido más que en el contexto del *common law*; que tienden a reenviar a los conceptos de éste y que, generalmente, la Constitución ha sido interpretada y aplicada a la luz de los principios del *common law* y, por así decirlo, en una atmósfera de *common law*.<sup>4</sup> Entre estos principios de *common law* figuran, en particular, una cantidad bastante grande de principios relativos a la interpretación de los textos legislativos.<sup>5</sup> Sólo en la me-

6.—

1. Cf. *infra*, Núms. 85 y ss.

2. Cf. *infra*, Núms. 107 y ss.

3. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 39.

4. Cf. *Smith vs. Alabama* (1887), 124 U. S. 465, 478, 31 L. ed. 508, 8 S. Ct. 564; *Schick vs. United States* (1904), 195 U. S. 65, 49 L. ed. 99, 24 S. Ct. 826 y las sentencias que cita; Justice Jackson en *D'Oench, Duhme and Co. vs. Federal Deposit Insurance Corp.* (1942), 315 U. S. 447, 470: “*Where we bereft of the common law our federal system would be impotent.*” V. *United States vs. Coolidge* (D. C. Cir. 1813), 1 Gall. 488, citado por *Howe* 377.

5. Cf. *Smith vs. Alabama* (1887), citado en la nota anterior.

## INTRODUCCION

dida en que un principio de *common law* ha dado sentido a una disposición de la Constitución, merece ser situado al lado de ella, dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho federal.<sup>6</sup>

La ley federal viene inmediatamente; es decir, el texto votado por el Congreso — o, en otro sentido, el conjunto de textos votados por el Congreso.

Al lado de ella figuran los tratados, por lo menos aquéllos que no necesitan de una ley especial para ser incorporados al ordenamiento jurídico.<sup>7</sup> Tales tratados se hallan exactamente en el mismo plano que la ley, puesto que, en caso de contradicción con ella, prevalece el de fecha posterior.<sup>8</sup>

Al lado de la ley figuran además, en el campo del procedimiento, las *Rules of Civil Procedure*, las *Rules of Criminal Procedure* y las *Rules of Admiralty* establecidas por la Suprema Corte, puesto que el Congreso les ha dado fuerza de ley.<sup>9</sup>

Por debajo vienen las *proclamations* y *executive orders* del Presidente;<sup>10</sup> después, las reglas establecidas por la administración y por las *regulatory commissions* en el ejercicio de sus atribuciones.<sup>11</sup>

Al lado de cada una de estas fuentes del derecho, desde la ley hasta los reglamentos administrativos, se pueden situar, con las reservas expresadas al referirnos a la Constitución, las decisiones judiciales que las interpretan y los principios de *common law* que les dan sentido.<sup>12</sup>

---

6. Al igual que las decisiones judiciales que interpretan la Constitución han sido clasificadas al lado de ella, para no llevar demasiado lejos un análisis que no ofrecería más que un interés teórico, también, con el propósito de presentar una clasificación un poco simplificada, se propone la alineación, al lado de la Constitución, de los principios del *common law* normalmente reconocidos en los Estados Unidos y necesarios para su interpretación. Igualmente podría decirse de ellos que, hasta cierto punto, están por encima de la Constitución, puesto que determinan su sentido. Se podría decir también, que están por encima de las decisiones judiciales, puesto que los jueces deben aplicarlos para interpretar la Constitución. Desde otro punto de vista, sin embargo, están por debajo de la Constitución, puesto que una reforma de ella puede en todo caso rechazarlos, y por debajo de las decisiones judiciales, porque concierne al juez decidir qué principios se incorporan a determinada disposición y que una nueva interpretación de ésta puede desecharlos y excluirlos del derecho federal.

7. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 200, texto y notas 24 y ss.

8. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 200, texto y notas 27 y 28.

9. 28 USC. § 2072-2073 (1948). Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 268 y 283. Se observará que estas *Rules* no se equiparan con la ley más que en el ámbito del procedimiento y en nada pueden modificar el fondo de los derechos de las partes.

10. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 201.

11. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 201 y 329 y ss.

12. Un jurista francés piensa siempre en términos de interpretación de una ley por los tribunales, mientras que la aplicación de la ley requiere con frecuencia que se la complete e implica siempre la adhesión a un gran número de conceptos y de principios. Cf., para la Constitución, las sentencias citadas

Por último viene el “*common law federal*”, conjunto bastante complejo de nociones diversas.

Para comenzar por una eliminación, es preciso indicar que este *common law federal* no comprende ya, después de la sentencia del caso *Erie Railroad*, dictada en 1938, los principios del *common law* generalmente reconocidos en los Estados, que los tribunales federales aplican en ciertos dominios bajo el nombre de “*common law general federal*”, cuando, por ejemplo, en razón de la diversidad de ciudadanía de las partes, tienen que resolver sin acudir al derecho federal.<sup>13</sup> El repudio del “*common law general*” no indica, en puridad, el de todo el “*common law federal*”, y la Corte lo ha sostenido así el mismo día en que dictaba el fallo en el caso *Erie Railroad*.<sup>14</sup> Es necesario, no obstante, proceder desde ahora a una segunda eliminación. En efecto, en este *common law* se hacen figurar normalmente, en primer lugar, las decisiones interpretativas de la Constitución, de los tratados o de las leyes; pero se ha podido comprobar que esas decisiones deben relacionarse con el documento a que se refieren: Constitución, por un lado; ley o tratado, por el otro, y, en todo caso, es un grave error, desde un punto de vista teórico, clasificar en el *common law* las decisiones de interpretación de textos legislativos, puesto que el carácter

---

*supra*, nota 4; para un tratado, *Board of Commissioners vs United States* (1939), 308 U. S. 343, 349-350, 84 L. ed. 303, 60 S. Ct. 285; y para las leyes, *Deitrick vs. Greaney* (1940), 309 U. S. 190, 84 L. ed. 694, 60, S. Ct. 480; *Russel vs. Todd* (1940), 309 U. S. 280, 84 L. ed. 754, 60 S. Ct. 527; *American Surety Co. vs. Bethlehem Nat. Bank* (1941), 314 U. S. 314, 86 L. ed. 241, 62 S. Ct. 226; *Garret vs. Moore-McCormack Co.* (1942), 317 U. S. 239, 87 L. ed. 239, 63 S. Ct. 246; *N. L. R. B. vs. Hearst Publications* (1944), 322 U. S. 111, 88 L. ed. 1170, 64 S. Ct. 851; *Scott Paper Co. vs. Marcalus Mfg. Co.* (1945), 326 U. S. 249, 90 L. ed. 47, 66 S. Ct. 101; *Holmberg vs. Armbrecht* (1946), 327 U. S. 329, 90 L. ed. 743, 66 S. Ct. 582, 162 ALR 719; *D. A. Schulte, Inc. vs. Gaugi* (1946), 328 U. S. 108, 90 L. ed. 1114, 66 S. Ct. 925, 167 ALR 208 Cf., utilizando un principio de *equity* (aunque lo niegue), en un caso de derecho anti-trust: *Moore vs. Mead Serv. Co.* (10th. Cir. 1950), 184 F. (2d) 338, reformada por *Moore vs. Mead Serv. Co.* (10th Cir. 1951), 190 F. (2d) 540.

13. *Erie Railroad vs. Tompkins* (1938), estudiado *infra*, Núms. 55 y ss. Se puede no obstante observar que un tribunal de apelación ha considerado que una ley uniforme adoptada en todos los Estados (cf. *infra*, N° 171) se incorpora al *common law federal*: *New York, N. H. and H. R. R. vs. R. F. C.* (2nd Cir. 1950), 180 F (2d) 241; pero v. “*Harvard Law Review*” (1950), Vol. 64 pp. 342-343.

14. *Hinderlider vs. La Plata River and Cherry Creek Ditch Co.* (1938), 304 U. S. 92, 110, 82 L. ed. 1202, 58 S. Ct. 803. Sobre el ámbito del *common law federal*, v. también *infra*, N° 58. Sobre la ausencia de delito de *common law* en el derecho federal, v. numerosas sentencias, desde *United States vs. Hudson and Goodwin* (1812), 7 Cr. 32, 3 L. ed. 259, *United States vs. Coolidge* (1816), 1 Wh. 415, 44 L. ed. 124, y *Milnor vs. New Jersey RR. and Transp. Co.* (1862), 3 Wall. 782, 16 L. ed. 799, donde la regla está progresivamente afirmada, hasta *Viereck vs. United States* (1943), 318 U. S. 236, 87 L. ed. 734, 63 S. Ct. 561, y las sentencias citadas en este último caso; v. igualmente *Howe*, pp. 336, 340, 345-346, 347, 351, 377.

## INTRODUCCION

fundamental del *common law* reside precisamente en su naturaleza puramente "consuetudinaria o judicial".<sup>15</sup> Dentro del *common law* federal figuran, por el contrario, esos principios generalmente reconocidos en el *common law* o, a veces, esos principios que el juez hace derivar de los principios reconocidos del *common law*, y que la Suprema Corte utiliza cuando debe resolver los litigios que enfrentan a la Federación con los Estados o a los Estados entre sí,<sup>16</sup> sin que texto alguno le imponga una norma de decisión; o aquéllos de que se sirven los tribunales federales cuando tienen que decidir sobre la responsabilidad de los Estados Unidos o de sus órganos, en los casos en que la ley no proporciona norma alguna al respecto.<sup>17</sup>

Un segundo elemento, en cierto modo muy próximo al anterior, que se puede clasificar legítimamente dentro del *common law* federal, es el constituido por los principios que los tribunales federales adoptan o crean cuando tienen que resolver un litigio entre particulares en una cuestión federal no regida directamente por la ley. Tal es la situación de los litigios de *admiralty*, cuando no existe ley; o la de los pleitos entre compañía de telégrafos y cliente o terceros, por falta cometida en la actividad de la compañía, en cuanto que dicha actividad está sometida a una reglamentación federal, pero su responsabilidad no está reglamentada por texto alguno;<sup>18</sup> o aún más generalmente, cada vez que un tribunal federal crea derecho nuevo para responder a una situación jurídica nueva o para resolver un litigio que cae en el ámbito de su competencia y para el cual no existe regla de decisión

15. Es inútil investigar en este lugar si el *common law* es de naturaleza consuetudinaria o judicial. V. sobre la cuestión *infra* Núms. 85 y ss.

La confusión consistente en asimilar al *common law* el conjunto de las decisiones judiciales dictadas sobre la aplicación de una ley, se explica por dos ideas. De un lado, la autoridad de una decisión judicial es absolutamente idéntica, tanto cuando ha sido establecida por aplicación de una ley, como cuando lo es en aplicación de los principios del *common law* (cf. *infra*, Núms. 90 y ss.), de tal manera que el conjunto de las decisiones rendidas sobre la aplicación de ley, forma un sistema comparable al *common law* y regido por sus principios. Por otra parte, Constitución, leyes y tratados, son aplicados, como se ha dicho, en una atmósfera de *common law*, es decir, comprendidos con la ayuda de sus conceptos, interpretados conforme a sus reglas de interpretación, complementados por sus principios (cf. *supra*, nota 12).

16. Cf. *infra*, N° 17. V. especialmente *Kansas vs. Colorado* (1907), 206 U. S. 46, 98, 51 L. ed. 956, 27 S. Ct. 655: "through these successive disputes and decisions, this court is practically building up what may improperly be called and interstate common law."

17. V. diversos ejemplos *infra*, N° 58, texto y nota 6.

18. V. *Murray vs. Chicago and NW. Ry. Co.* (N. D. Iowa 1894), 62 F. 24; *Western Union Tel. Co. vs. Call Publishing Co.* (1902), 181 U. S. 92, 45 L. ed. 765, 21 S. Ct. 561; *O'Brien vs. Western Union Tel. Co.* (1st. Cir. 1940), 113 F. (2d) 539; *Vaigneur vs. Western Union Tel. Co.* (E. D. Tenn. 1940), 34 F. Supp. 92; cf. "Harvard L. R." (1940), Vol. 54, pp. 141-142; "Col. L. R.", (1941), Vol. 41, pp. 125-128.

de naturaleza legislativa.<sup>19</sup> Es, en fin, dentro del *common law* federal, donde se puede incluir el derecho federal sobre concurrencia desleal, suponiendo que tal derecho no sea un residuo del *common law* general condenado por el caso *Erie Railroad*.<sup>20</sup>

En todas las consideraciones precedentes, *common law*, *equity* y *admiralty* han sido comprendidos bajo el término genérico de *common law*, y son, en consecuencia, fuentes del derecho de la misma fuerza;<sup>21</sup> aunque el *common law* propiamente dicho tenga mucha más importancia práctica que la *equity* y, desde luego, que el *admiralty*, fuera de las materias que son de su propia competencia.<sup>22</sup> La utilización de la expresión *common law* en este sentido general, excepcional en Inglaterra, es corriente en los Estados Unidos; lo que se explica por la oposición al derecho federal, por un lado, y al derecho legislado, por otro, de esos tres sistemas de derecho inspirados básicamente en el mismo espíritu.<sup>23</sup>

La clasificación de las fuentes del derecho federal que acabamos de presentar requiere dos observaciones.

Se notará, en primer término, la preponderancia de las fuentes legislativas: Constitución, leyes, tratados. El *common law* proporciona una terminología y la solución de algunas lagunas de la ley y proporciona, además, ciertamente, hábitos mentales. Pero la influencia recíproca de los hábitos mentales que proporciona a los juristas de los

19. Cf. *Gelpcke vs. Dubuque* (1864), 1 Wall. 175, 17 L. ed. 520, estudiado *infra*, N° 133, texto y nota 5; y, en materia penal, *United States vs. Hiss* (S. D. N. Y. 1950), 88 F. Supp. 559, confirmado por *Hiss vs. United States* (2nd Cir. 1951), 185 F. (2d) 822, adoptando una nueva técnica de prueba sobre la base de algunos precedentes de los Estados, de la opinión de un autor y del *Model Code of Evidence* preparado por el *American Law Institute*. (Cf. *Psychiatric Evaluation of the Mentally Abnormal Witness*, "Yale L. J." (1950), Vol. 59, pp. 1324-1341; —sobre el *American Law Institute*, v. *infra*, Núms. 172 y ss.)

Se ha hablado también de *common law* federal en los casos, bastante raros por cierto, en que los tribunales federales han hecho predominar, sobre el derecho de un Estado, que habría sido el derecho aplicable, el "deseo" o la "política" (*policy*) del legislador federal, en la medida en que pueden ser deducidos de un texto legislativo que no los manifiesta expresamente. V. "Harvard L. R." (1953), Vol. 67, pp. 347-348, nota sobre *Amtozg Trading Corp. vs. Miehle Printing Press and Mfg. Co.* (2nd Cir. 1953), 206 F. (2d) 103.

Por el contrario, no es necesario considerar como "*common law* federal" el *common law* del Distrito de Columbia (cf. *supra*, N° 4, texto y nota 4).

20. Cf. *infra*, N° 58.

21. Es preciso observar, particularmente, la existencia de una *equity federal* comparable al *common law federal*; cf. *Holmberg vs. Armbrrecht* (1946), 327 U. S. 392, 90 L. ed. 743, 66 S. Ct. 582, 162 ALR 719.

22. Sobre estos tres sistemas de derecho, v. *infra*, Núms. 75 y 76.

23. Por el contrario, cuando se oponen *common law* y *equity*, se incluye corrientemente el derecho legislado dentro del *common law*. Por ello, un tribunal, resolviendo *at law* (digamos eventualmente un tribunal de *common law*), aplica el derecho legislado lo mismo que el *common law*.

## INTRODUCCION

Estados Unidos el uso de un derecho federal, esencialmente legislativo, es también muy considerable.

Se apreciará también que la jerarquía de las fuentes federales y las relaciones de unas fuentes con otras son, en sus líneas generales, las del derecho francés. La cuestión, por ejemplo, de saber si las decisiones judiciales son una fuente de derecho en las materias regidas por la ley, suscitará exactamente las mismas discusiones. En teoría se responderá negativamente. Nunca una ley será anulada por violación de una sentencia dictada en materia constitucional, sino por violación a la Constitución. Pero la misma ley, contraria hoy a la Constitución, habría sido válida quizá diez años antes o lo será diez años después, sin que la Constitución haya sido modificada en ese intervalo, simplemente porque el juez habrá cambiado de parecer sobre su significación o alcance.

7.—Las fuentes del derecho de cada Estado, son, en gran parte, una trasposición de las fuentes del derecho federal.

Antes de estudiar las fuentes propias al derecho estatal, conviene recordar la supremacía absoluta del derecho federal sobre los derechos de los Estados. Una norma adoptada por una comisión administrativa federal, prevalece, en caso necesario, sobre una disposición de la Constitución de un Estado.<sup>1</sup> Esta supremacía permite decir, en cierto sentido y aunque la exactitud de la fórmula sea muy discutible, que el derecho federal es, en sí mismo, una parte del derecho de cada Estado.<sup>1 bis</sup>

Entre las fuentes propias al derecho de cada Estado figuran, en primer lugar, la Constitución del mismo, las decisiones judiciales que la interpretan, y esos principios de *common law* que son necesarios para su comprensión o aplicación, para prestarle su fuerza.<sup>2</sup>

Después viene la ley. En la mayor parte de los Estados su ámbito es mucho más restringido que el del *common law*.<sup>3</sup> En fuerza, sin embargo, aquélla prevalece sobre éste. No existe ningún principio de *common law*, por fundamental que sea, que, en cuanto tal, no pueda ser

---

7.—

1. Cf. (predominio de una decisión de la I. C. C. sobre una ley estatal): *Railroad Commission of Wisconsin vs. Chicago, B. and Q. RR. Co.* (1922), 257 U. S. 563, 66, L. ed. 371, 42 S. Ct. 232 (cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 153, nota 6).

1 bis. Sobre las relaciones entre el derecho federal y los derechos de los Estados. v. *Le syst. const.*, t. 2, N° 189. La Suprema Corte ha admitido la aplicación subsidiaria del derecho del Estado sobre un punto particular donde el *admiralty*, en principio aplicable, carezca de regla: *Wilburn Boat Co. vs. Fireman's Fund Insurance Co.* (1955), 348 U. S. 310.

2. Cf. *supra*, N° 6.

3. Cf. *infra*, N° 145.



desplazado actualmente por la ley.<sup>4</sup> Y no puede ser protegido más que si, en una u otra forma, por ejemplo, por ser constitutivo de un *due process of law*, se incorpora a la Constitución del Estado o al derecho federal.<sup>5</sup>

Todavía más abajo, vienen las ordenanzas de los Gobernadores; después, las reglas emitidas por la Administración o las comisiones administrativas del Estado.<sup>6</sup>

Al lado de cada una de estas fuentes, hay que colocar, también aquí, las decisiones judiciales que las interpretan y los principios de *common law* que ellas contienen.

Normalmente fundamental por el ámbito que cubre, pero último en la jerarquía de las fuentes, viene el *common law* del Estado o, si se prefiere, el conjunto de decisiones judiciales constitutivas o declarativas del *common law*.<sup>7</sup> Una vez más todavía, la *equity* y el *admiralty* deben, con el *common law* propiamente dicho, ser comprendidos en el término *common law*, tal como viene siendo empleado. En lo que concierne al *admiralty*, no puede ser una fuente de derecho estatal más que en forma muy subsidiaria, puesto que la competencia en materia de *admiralty* está constitucionalmente otorgada a los tribunales federales.

Existen aún otras fuentes de derecho en los Estados, pero su autoridad queda restringida a los límites de una municipalidad: tales son, de una parte, cuando existen, las cartas municipales, especies de pequeñas constituciones; y de otra, las ordenanzas municipales.<sup>8</sup>

8.—El plan que vamos a seguir para este estudio de las fuentes y técnicas del derecho de los Estados Unidos será sencillo. Habrá que tener en cuenta, en primer término, la gran distinción entre fuentes reales y fuentes formales del derecho; pero será necesario, por otro lado, puesto que nuestro estudio del sistema constitucional de los Estados Unidos no está traducido al español, reproducir aquí, primeramente, todo lo que se refiere a las jurisdicciones.

Dividiremos pues nuestra obra en tres grandes partes, respectivamente consagradas: al poder judicial en la Nación y en los Estados; a las fuentes reales y a las técnicas del derecho; y a las fuentes formales.

4. Sobre el principio contrario, admitido en otra época, v. *infra*, N° 155, nota 2.

5. Sobre el *due process of law*, v. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 82 y ss., 100, 116, 117, 134, y t. 2, Núms. 180, 190, 280 y 288.

6. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 212 y 329.

7. Es inútil investigar aquí si el *common law* posee actualmente una existencia distinta de la de las decisiones judiciales que lo "declaran"; v. *infra*, Núms. 85 y ss.

8. Roscoe POUND, *Sources*, 92-95.

## INTRODUCCION

En la primera parte será preciso considerar, sucesivamente, las jurisdicciones federales, las jurisdicciones estatales y, después, las reglas de decisión seguidas por los tribunales federales en materia de derecho de los Estados, o por los tribunales estatales en materia federal. La organización interna de las dos últimas partes suscita más dificultades.

Entre las fuentes reales, habrá de estudiarse, sucesivamente, el *common law*, el derecho legislado, la doctrina y, posteriormente, los diversos esfuerzos de clarificación, codificación, perfeccionamiento o unificación del derecho. El estudio de las fuentes formales podrá desarrollarse, más o menos, según este plan: se estudiarán, sucesivamente, las decisiones judiciales —lo que, desde luego, desborda el dominio del *common law*—; el derecho legislado y la doctrina.

Por derecho legislado es preciso entender, en un sentido amplio, el derecho fundado sobre las Constituciones, las leyes, los tratados, las cartas municipales, los reglamentos ejecutivos, las reglas dictadas por las comisiones administrativas e incluso por los tribunales. Pero bastará, por supuesto, con ceñirse al estudio de la ley, por lo menos en cuanto a las reglas de fondo.

Tales son las únicas distinciones que serán necesarias. En particular, no distinguiremos, salvo en puntos especiales, la teoría del derecho federal de la del derecho estatal. Ya hemos dicho que ambas están regidas por principios comunes. Es verdad que existen matices que diferencian la teoría de la ley federal de la teoría de la ley de Massachusetts. Matices, también importantes, pueden diferenciar la teoría de la ley admitida en Massachusetts de la que predomina en California, Texas o, con mayor razón, en Luisiana. Cuando se estudia el derecho de los Estados Unidos en la escala en que se hace en esta obra, es preciso resignarse a puntos de vista generales que no son nunca exactamente aplicables.

Desde ahora se pueden apreciar los defectos de este plan. Es ilógico estudiar el *common law* antes que el derecho legislado, el cual, bajo la forma de Constitución o simplemente de ley, le precede en la jerarquía de las fuentes. Tal orden, sin embargo, nos ha parecido preferible, porque el *common law* forma, de cierta manera, el fondo del derecho, el medio en el que el derecho legislado se sumerge y porque así, además, el estudio de su historia será, bastante ampliamente, el estudio de la historia del derecho privado de los Estados Unidos.

Igualmente es ilógico estudiar el *common law* y el derecho legislado, que son fuentes imperativas, junto a la doctrina, fuente puramente persuasiva. En cuanto a los esfuerzos de clarificación, codificación, perfeccionamiento o unificación del derecho —cuatro conceptos muy diferentes— parece como si debieran haber sido referidos, sea al *common law*, sea al derecho legislado. Sin embargo, hemos preferido reunirlos,

precisamente porque se aplican tanto al derecho legislado como al *comon law*, y aun a los dos juntos, y porque se realizan tanto por vía legislativa, como por medios puramente doctrinales e influencia persuasiva sobre las decisiones judiciales del *common law*.

La falta de lógica de este plan no es su único defecto. Carece también de flexibilidad y de tonalidades. Si es cierto, por ejemplo, que en un estudio general de las fuentes no pueden oponerse derecho federal y derecho de los Estados, subsiste el hecho de que una ley federal no es, en ninguna forma, interpretada de la misma manera que una ley estatal relativa al ámbito del *common law*; la una se interpreta en un *medio* esencialmente legislativo; la otra en un *medio* esencialmente tradicional, consuetudinario y judicial. Por otra parte, algunas de las consideraciones que haremos a propósito del *common law*, se aplican, con ciertos matices, a todo el derecho judicial, ya se haya integrado éste por la aplicación de leyes o por aplicación del *common law*; <sup>1</sup> v. gr., lo que se dirá respecto a los factores que, con la ley o los precedentes, concurren en la decisión <sup>2</sup> y, sobre todo, la exposición de la teoría del *stare decisis*. <sup>3</sup>

No se puede, por lo tanto, pensar en refundir el estudio del *common law*, que tiene una tal importancia intrínseca, dentro del derecho judicial, ni en estudiar separadamente *common law* y derecho judicial, ni, en fin, estimar como factor común las consideraciones que se aplican a todo el derecho judicial, puesto que la teoría del *stare decisis* está estrechamente ligada, histórica y casi políticamente, con el *common law* y no es un principio fundamental, aun cuando ese principio se halle bastante maltratado en el *common law* americano. <sup>4</sup>

El plan adoptado es el que parece presentar menos imperfecciones y, mediante observaciones que serán hechas en su oportunidad, trataremos de disipar aquellas dudas que por causa del mismo pudieran surgir.

#### 8.—

1. Cf. *West vs. American Teleph. and Telegr. Co.* (1940), 311 U. S. 323, 85 L. ed. 139, 61 S. Ct. 179, 132 ALR 956, exponiendo, sin distinción, el régimen de las decisiones de *common law* y el de las decisiones de interpretación; compárese *Fidelity Union Trust Co. vs. Field* (1940), 311 U. S. 169, 85 L. ed. 109, 61 S. Ct. 176, dictada en materia legislativa, y *Six Companies of California vs. Joint Highway Dist. N° 13* (1940), 311 U. S., 180, 85 L. ed. 114, 61 S. Ct. 186, dictada el mismo día pero en materia de *common law*. Se observará, por otra parte, que un gran número de decisiones resuelven mediante la aplicación conjunta de una ley y del *comon law*; toda dualidad de régimen, suscitaría, por consiguiente, dificultades considerables (cf. *West vs. American Telephone and Telegraph Co.* (1940), antes citado).

2. Cf. *infra*, Núms. 126 y ss.

3. Cf. *infra*, Núms. 95 y ss. y 107 y ss.

4. Cf. *infra*, Núms. 107 y ss.