

## CAPÍTULO 9. EL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

*Boris Kozolchyk*

Síntesis curricular del autor . . . . .	519
Nota introductoria al capítulo . . . . .	521
<i>Boris Kozolchyk y John Molloy</i>	
I. El derecho romano como un ancestro común . . . . .	521
1. El razonamiento jurídico como objeto de la comparación . . . . .	521
2. La búsqueda de la naturaleza jurídica en el derecho romanístico . . . . .	521
3. El jurista de Estados Unidos se inclina más hacia los problemas y su resolución inmediata, que hacia los conceptos . . . . .	522
II. La inteligencia “necesaria” del <i>common law</i> . . . . .	523
4. El carácter histórico y práctico del <i>common law</i> . . . . .	523
III. El sistema estadounidense de los precedentes judiciales . . . . .	524
5. El <i>stare decisis</i> y la creación del derecho por los tribunales . . . . .	524

6. El vínculo entre los hechos, la norma judicial, el <i>stare decisis</i> ; el <i>holding</i> y el <i>dictum</i> . . . . .	525
7. El jurado y la averiguación de los hechos . . . . .	525
8. La preocupación del <i>common law</i> por los derechos de los terceros . . . . .	526
9. El crecimiento del derecho jurisprudencial y el <i>stare decisis</i> . . . . .	527
10. El crecimiento del derecho jurisprudencial y el razonamiento por vía de ejemplos . . . . .	528
11. Una ilustración del razonamiento por vía de ejemplos: el caso <i>MacPherson vs. Buick</i> . . . . .	528
12. La norma individual del magistrado Cardozo y la general del Código Civil para el Distrito Federal de México . . . . .	530
13. Deducción, inducción y razonamiento por vía de ejemplos añadidos . . . . .	532
14. La lógica de lo razonable . . . . .	533
15. Los hechos y la teoría jurídica en el litigio estadounidense y en el mexicano . . . . .	534
16. La preponderancia de la teoría jurídica en el litigio mexicano . . . . .	535
17. La ausencia del <i>holding</i> y el <i>dictum</i> en el derecho judicial mexicano . . . . .	535
IV. La creación del derecho por las partes del contrato, el uso de ejemplos y la lógica de lo razonable . . . . .	536
18. La minuciosidad de la redacción de contratos en Estados Unidos . . . . .	536
19. El problema de la ambigüedad de la intención contractual . . . . .	537
20. Los criterios para medir lo razonable . . . . .	537
21. La connotación objetiva de lo razonable . . . . .	538
V. El derecho legislado estadounidense . . . . .	539
22. El gran volumen de la legislación estadounidense . . . . .	539
23. La multiplicidad y superposición de fuentes legislativas . . . . .	539
24. La unificación y armonización legislativa del derecho privado . . . . .	539
a) Macro y micro esfuerzos legislativos . . . . .	540

b) Las entidades impulsoras de la unificación del derecho privado . . . . .	540
25. Los participantes en la redacción del UCC . . . . .	541
26. El UCC como un compendio de normas individuales . . . . .	541
27. El contraste con los códigos europeos y latinoamericanos . . . . .	542
28. La interpretación del derecho legislado por los tribunales . . . . .	542
VI. La costumbre como fuente del derecho . . . . .	543
29. La costumbre como fuente del derecho público . . . . .	543
30. La costumbre como fuente del derecho privado . . . . .	543
VII. La educación jurídica en Estados Unidos . . . . .	544
31. La enseñanza “socrática” . . . . .	544
a) El aspecto pedagógico . . . . .	544
b) El aspecto iusfilosófico . . . . .	545
32. La práctica del método socrático . . . . .	545
33. Las fallas del método socrático . . . . .	545
VIII. Consideraciones finales . . . . .	546
34. La mejor manera para medir el éxito de un sistema jurídico . . . . .	546
35. ¿Es predecible el derecho estadounidense respecto a las expectativas de comerciantes e inversionistas? . . . . .	546
36. La certeza transaccional y la judicial . . . . .	547
a) La certeza transaccional . . . . .	547
b) La certeza judicial y la certeza de los principios de justicia o equidad . . . . .	547
37. El reto de la creación de un mercado común hemisférico . . . . .	549

## CAPÍTULO 9

# EL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

## BORIS KOZOLCHYK

El doctor Kozolchyk es actualmente presidente y director del National Law Center for Inter-American Free Trade; fue delegado de Estados Unidos en la United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), y representante del United States Council on International Banking (USCIB) en la International Chamber of Commerce Working Group for the Revision of the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits. Asimismo, fue presidente de la International Academy of Commercial and Consumer Law. El doctor Kozolchyk obtuvo el doctorado en derecho civil, en Cuba, el LLB, en la facultad de derecho de la Universidad de Miami, y el LLM y el SJD en la facultad de derecho de la Universidad de Michigan. Actualmente es profesor de la materia de derecho comercial internacional en la Universidad de Arizona, en Tucson. Es un académico internacionalmente reconocido en la materia, especializado en crédito documentario y otros instrumentos del comercio. Los trabajos del profesor Kozolchyk son ampliamente conocidos en todo el mundo, y es el único académico estadounidense que es miembro del grupo de profesores distinguidos de derecho comercial de la Universidad Nacional Autónoma de México. También ha sido asesor de varios gobiernos extranjeros en lo que se refiere al derecho de operaciones comerciales.

## EL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA<sup>1</sup>

BORIS KOZOLCHYK

### I. EL DERECHO ROMANO COMO UN ANCESTRO COMÚN

1. *El razonamiento jurídico como objeto de la comparación.* En este capítulo se hará una comparación entre el método de razonamiento jurídico de los jueces, legisladores, abogados y estudiosos del derecho en Estados Unidos, y el de sus colegas en México y otros países de derecho romanista. El propósito de esta comparación es ayudar a entender la manera como se crean e interpretan las reglas, los conceptos y los principios jurídicos en ambos sistemas.

El estudioso de habla hispana no deberá sorprenderse si algunas de sus más respetadas fuentes romanistas también influyeron en el razonamiento del jurista angloamericano. Como es bien sabido, el jurista romano, especialmente durante la época clásica, no utilizó las definiciones o clasificaciones de corte aristotélico que tan fuertemente influyeron en el derecho continental europeo a partir de la Edad Media. Los juristas romanos eran eminentemente prácticos en su razonamiento: éste se guiaba por la necesidad de resolver los problemas cotidianos en la aplicación del derecho, tal como la concesión o denegación de acciones o excepciones procesales. Por tanto, el razonamiento del jurista romano era muy distinto al razonamiento que buscaba las esencias aristotélicas, conocidas en el campo del derecho como “naturalezas jurídicas”.

2. *La búsqueda de la naturaleza jurídica en el derecho romanístico.* La búsqueda de las naturalezas jurídicas subyace en el razonamiento del derecho europeo continental a partir de la escolástica medieval. Más abstracto que el de los juristas romanos, este razonamiento se preocupa no tanto por la existencia de una acción o una excepción, sino por los derechos y obligaciones deri-

1 El autor agradece enormemente las sugerencias editoriales del juez John F. Molloy, y de los profesores Marta Morineau, Dan B. Dobbs, David A. Gantz y Roy Spece.

vados de la naturaleza jurídica de la institución en cuestión; en la medida en que las esencias buscadas eran de carácter permanente y universal, así también los derechos y obligaciones derivados de las mismas.

La esencia de una institución jurídica se establecía con base en la observación de su funcionamiento y del de instituciones análogas. De esta observación se derivaba la premisa mayor del silogismo que llevaba a su definición, y ulteriormente a su clasificación. Una vez que la esencia se convertía en norma jurídica, por ser entendida como una entidad eterna y universal, ella permanecía inmutable ante las nuevas realidades sociales y jurídicas.

Como se anticipó en el párrafo anterior, para muchos de los usuarios de este método, la realidad negocial tiene que adecuarse a la lógica formal. Es decir, tanto la definición como la clasificación tienen consecuencias normativas: aquel contrato, negocio o relación jurídica que no son susceptibles de ser definidos y clasificados (por no contar con su propia naturaleza jurídica) carecen de existencia o de consecuencias jurídicas.

Considérese, por ejemplo, el caso de la venta con reserva de dominio contemporánea, en la cual el comprador no adquiere la titularidad del bien comprado hasta que pague el precio de compra. Al intentar analizar esta transacción de acuerdo con los artículos del Código Civil francés de 1800 (el más cercano a la escolástica y el de mayor influencia en el resto del mundo romanista), se encuentra que la definición de contrato es “un acuerdo que obliga a una o más personas hacia otra u otras a dar, a hacer o no hacer algo”;<sup>2</sup> y el contrato, a su vez, está clasificado minuciosamente: “sinalagmáticos o bilaterales, unilaterales, conmutativos, aleatorios, caritativos, onerosos e innominados”.<sup>3</sup> El contrato de compraventa, por su parte, fue clasificado como transmisor de la propiedad del objeto vendido desde el momento en que “el objeto y el precio han sido acordados, a pesar de que el objeto no haya sido entregado ni el precio pagado”.<sup>4</sup> Con base en esta definición, clasificación y naturaleza jurídica, muchos de los usuarios del método descrito negaron existencia jurídica a la compraventa con reserva de dominio.

3. *El jurista de Estados Unidos se inclina más hacia los problemas y su resolución inmediata, que hacia los conceptos.* El jurista de este país, al igual que el de tradición romanista, no invierte mucho tiempo en la búsqueda de la naturaleza jurídica de sus instituciones, ni se preocupa si sus definiciones y clasificaciones carecen de perfección lógica y formal. Lo que le preocupa es el funcio-

2 Véase el artículo 1101 del Código Civil francés de 1800. La traducción es mía.

3 *Ibid.*, arts. 1102 a 1107.

4 *Ibid.*, art. 1583.

namiento efectivo de las instituciones jurídicas, es decir, su adaptación a la realidad negocial y su ayuda en la resolución de los problemas de la justicia cotidiana. De ahí que el derecho estadounidense no proporcione códigos muy lógicos y formales.

A pesar de las analogías entre la dicotomía romanista del derecho civil y pretoriano, y la de *law* y *equity* del derecho anglosajón, el *common law* evidenció características peculiares desde el momento en que empezó a ser formulado por las “Cortes itinerantes” inglesas medievales. Muchas de estas características aún pueden percibirse en las versiones inglesas y estadounidenses del *common law*. Ellas serán comparadas a las características de un sistema que en Estados Unidos se denomina comúnmente como *civil law*. Este término no se utilizará en este trabajo porque puede confundir a los lectores europeos y latinoamericanos acostumbrados a referirse al derecho civil como una rama de su derecho privado. El sistema jurídico que los abogados del *common law* llaman *civil law* será denominado en esta obra como “romanista”, o de “raigambre romanista”.

## II. LA INTELIGENCIA “NECESARIA” DEL COMMON LAW

4. *El carácter histórico y práctico del common law*. En su obra *La rebelión de las masas*, el filósofo español José Ortega y Gasset describió la inteligencia del pueblo inglés como “necesaria”.<sup>5</sup> Esta inteligencia no era tan metafísica como la de los alemanes, ni tan formalmente lógica ni retóricamente elegante como la de los franceses, italianos o españoles. Era una inteligencia vinculada al saber “solucionador de problemas” y al papel que Inglaterra jugó como “enfermera” de Europa por espacio de casi tres siglos.<sup>6</sup> La inteligencia necesaria le permitió a Inglaterra evolucionar hasta convertirse en una sociedad ordenada y relativamente pacífica, mientras que Europa continuaba sufriendo “convulsiones epilépticas”, mejor conocidas como “revoluciones”.<sup>7</sup>

Dos de las instituciones evolutivas más exitosas de Inglaterra —su democracia parlamentaria y su *common law*— son producto de esta inteligencia necesaria. Al mantener una forma atenuada de monarquía, la democracia parlamentaria tuvo la posibilidad de transitar de la monarquía absoluta a la democracia, del modo menos costoso posible. El tránsito se obtuvo sin necesi-

5 J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, Madrid, Losada, 1956, pp. 41 y ss.

6 *Id.*

7 *Id.*

dad de destruir todo aquello vinculado con el antiguo régimen, como sucedió, a un costo mucho mayor, con la Revolución francesa, entre otros casos. La fórmula práctica inglesa consistió en introducir la democracia de manera gradual, reduciendo el poder del antiguo régimen al tiempo que aparentaba seguir dependiendo de la monarquía; con el tiempo, el papel de esta última se transformó en una función puramente protocolaria.

La inteligencia necesaria de los ingleses se dio cuenta de que los seres humanos, a diferencia de los animales, construyen su existencia con base en la experiencia acumulada. La memoria del hombre permite que su experiencia sea históricamente continua y acumulativa; lo que el hombre hizo o aprendió ayer es una parte de su presente. Ortega y Gasset consideraba que las revoluciones radicales, independientemente de su ideología, eran “inhumanas” —en el sentido más estricto—, en virtud de que rechazaban la necesidad humana de depender de su pasado. Quizás los elefantes, argumentaba el filósofo, puedan asimilar los cambios drásticos vinculados a las revoluciones y continuar viviendo una vida normal; la mayor parte de los seres humanos, independientemente de su posición en la vida, no puede hacerlo. Esto se aplica tanto al rey guillotinado por los revolucionarios franceses, como al *mujik* que fue privado de su mísera porción de tierra por la revolución agrícola de Stalin, o al músico clásico condenado a limpiar letrinas por la revolución “cultural” de Mao Tse Tung.

### III. EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES

5. *El stare decisis y la creación del derecho por los tribunales.* El *common law* que Estados Unidos heredó de Inglaterra reflejó la inteligencia necesaria al insistir en la fuerza obligatoria de los precedentes, es decir, en el uso de la experiencia judicial acumulada como norma predecible de una conducta futura. Desde sus inicios, el *common law* fue un derecho protector de la continuidad histórica. En este sistema, la decisión de ayer de un tribunal constituye un precedente obligatorio, desde ese momento y hasta que sea derogada por el mismo tribunal o por otro superior. El nombre técnico de esta doctrina es *stare decisis* y significa que tanto los tribunales como los litigantes están obligados a aplicar e interpretar el derecho de acuerdo con lo dicho en decisiones previas. El *stare decisis* es una de las instituciones más importantes del *common law*, dado que otorga a los tribunales que establecen dichos precedentes la posibilidad de crear derecho en la forma no sólo de normas individuales sino también generales. Por ejemplo, tal como se discutió en los capítulos

referentes al derecho constitucional en este volumen,<sup>8</sup> una decisión de inconstitucionalidad tomada por un tribunal —incluso uno estatal de primera instancia— tiene efectos *erga omnes* desde su emisión, a menos que ella diga lo contrario o que sea rechazada por un tribunal de apelación.

La doctrina del *stare decisis* permite que los abogados tengan la oportunidad de predecir el posible resultado de los litigios, y por lo mismo pueden aconsejar a sus clientes cuándo litigar y cuándo evitar dichos litigios. La frase “el Legislativo crea la ley, el Ejecutivo la aplica y los tribunales la interpretan”, inspirada en Montesquieu, se desvirtúa en el derecho estadounidense pues se sobrentiende que los tribunales tienen la facultad de crear derecho.<sup>9</sup>

6. *El vínculo entre los hechos, la norma judicial, el stare decisis; el holding y el dictum.* De igual manera, la inteligencia necesaria del *common law* se reflejó en el papel central que éste atribuyó a las reglas judiciales derivadas de los hechos. Por ejemplo, si una demanda gira en torno a la responsabilidad de un fabricante de automóviles porque se hubiera reventado una llanta de algún automóvil que él fabrica y, al denegar responsabilidad por la misma, el tribunal manifestara que: “si el demandado hubiera sido fabricante de un televisor con un componente defectuoso, posiblemente habría responsabilidad objetiva”; esta declaración no sería vinculante en una acción futura contra un fabricante de televisores. Lo dicho por el tribunal *en passant* respecto a los televisores sería sólo *obiter dictum* o *dicta*, ya que la sentencia concernía solamente a la negación de responsabilidad. Por el contrario, lo dicho respecto a la falta de responsabilidad constituye un *holding*, o una sentencia vinculante, para otras acciones en las cuales los hechos básicos tienen la misma configuración que el caso de la llanta, a pesar de que el caso futuro concerniera a un producto diferente (como por ejemplo, un cinescopio que explote causando algún daño al usuario-demandante).

7. *El jurado y la averiguación de los hechos.* La determinación que hace el jurado sobre los hechos que en efecto hayan sucedido, ha sido un elemento

8 Véanse John Baker, “La libertad del comercio y el derecho constitucional de Estados Unidos”, cap. 1, y Sergio García Rodríguez, “El derecho constitucional respecto a la inversión extranjera”, cap. 2.

9 Esta frase se contradice en el contexto latinoamericano, debido al papel en extremo activo que el Ejecutivo desempeña en el proceso de elaboración de la ley, y por el hecho de que los abogados, cada vez con mayor frecuencia, dependen de las decisiones judiciales como fuente significativa, si no primaria, de la ley. En relación con la creciente tendencia de los tribunales a crear derecho, en Costa Rica y otros países latinoamericanos, véase E. Ortiz, “Prefacio”, en Boris Kozolchik, *Jurisprudencia mercantil*, Costa Rica, Lehman/Universidad de Costa Rica, 1968.

esencial del *common law* desde sus inicios. Si bien los jueces pueden determinar la existencia de los hechos, el jurado es el que con frecuencia determina lo sucedido; la presencia de éste es una garantía constitucional.<sup>10</sup> Antes de ser un cuerpo encargado de escuchar (y averiguar) los hechos, como sucede en la actualidad, el jurado funcionaba como conocedor de los hechos. Los miembros del jurado conocían a las partes en disputa, ya que generalmente eran sus vecinos, y en muchos casos, también conocían los hechos de los cuales se derivaba la controversia. Los hechos que se “exponían” al juez (cuya función consistía en aplicar la ley respecto a dichos hechos) iban desde la cuantía del patrimonio del demandado —especialmente cuando se trataba de una acción para recaudar impuestos que se debían a la Corona—, a la veracidad de una supuesta invasión llevada a cabo por algún vecino.

El derecho estadounidense ha evolucionado considerablemente en cuanto a la función del jurado. Actualmente, el objetivo del procedimiento consiste en seleccionar un jurado que ignore los hechos del caso, de modo que los abogados puedan instruirlos mediante la presentación de la prueba; este proceso está delimitado por una gama interminable de reglas procesales, cuya función es establecer la manera como debe realizarse la presentación, así como las pruebas que deben excluirse.<sup>11</sup>

8. *La preocupación del common law por los derechos de los terceros.* El efecto que tiene la resolución de un conflicto respecto a terceros en su carácter individual o social ha sido una constante preocupación de los juzgadores en Estados Unidos. La preocupación resulta muy significativa porque, como se observará al discutir el “razonamiento por vía de ejemplos” en el derecho de actos ilícitos (véanse §§10-13, *infra*), de acuerdo con el *common law*, los deberes hacia terceros fueron en un principio sólo deberes hacia los participantes en relaciones jurídicas específicas, como por ejemplo, la relación derivada de un contrato o de una propiedad de tipo feudal (entre el propietario de un inmueble y sus arrendatarios, usufructuarios, vecinos o huéspedes), mientras que en la actualidad son deberes hacia una comunidad más amplia. De igual manera, como se verá al discutir la lógica de lo razonable (véase §14, *infra*), esta preocupación respecto a terceros no sólo requiere un clara determinación de quién es el tercero afectado por la norma judicial, sino también cuál es el comportamiento de arquetipos tales como el fabricante, empleador o contratante razonables, o el fiduciario con *uberrima fides*.

10 Véase John Molloy, “El proceso civil”, cap. 7, §§22-23, en el presente volumen.

11 Para mayor detalle sobre las particularidades de estas reglas, véase Molloy, *op. cit.*, §§58-63.

El lector interesado en la sensibilidad judicial respecto a los derechos de terceros en el derecho constitucional estadounidense, puede ver el análisis que hace el profesor Baker del caso *Gibbons vs. Ogden*. En él, la Suprema Corte, al decidir sobre un simple permiso de navegación, sentó una de las bases para la protección al comercio interestatal y para el mejor funcionamiento de un mercado continental. De igual manera, puede verse la exposición que hace el autor en torno a la opinión disidente en los casos *Slaughterhouse*, en los cuales se discutió la validez de una concesión administrativa otorgada por la ciudad de Nueva Orleans. De esa opinión surgió el concepto del contrato o concesión administrativa como un derecho de propiedad protegido contra su expropiación sin debido proceso de ley.<sup>12</sup>

La preocupación por la protección al tercero también predomina en el derecho que gobierna las relaciones de orden privado en el derecho estadounidense. El profesor Winship discutirá la manera como la prenda comercial en Estados Unidos utiliza los derechos contractuales, las cuentas por cobrar y otros derechos de índole “personal” como bienes garantes (*collateral*), o como garantías reales, en favor de un acreedor-tercero protegido.<sup>13</sup> De igual manera, el decano David Leebron analiza en su capítulo cómo un comprador —de segunda, tercera o cuarta mano— de un objeto fabricado defectuosamente puede, como tercero protegido, demandar al productor por incumplimiento de un deber basado en la confluencia de dos derechos: el de contratos y de actos ilícitos.<sup>14</sup>

La protección al tercero es, por tanto, inherente al derecho estadounidense. Esta característica se debe a que el derecho de Estados Unidos es altamente sensible a la necesidad de proteger el comercio: no se requiere ser economista para constatar que sin terceros protegidos, sobre todo en su carácter de acreedores y compradores de buena fe, no hay comercio ni mercado.

9. *El crecimiento del derecho jurisprudencial y el stare decisis*. Interpretada de manera estricta o literal, la doctrina del *stare decisis* parecería restringir el crecimiento del derecho jurisprudencial: si los tribunales se ven obligados a aplicar invariablemente la regla dictada por sus predecesores a una situación

12 *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824); *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873). Puede verse la discusión de ambos casos en Baker, *op.cit.*: *Gibbons* en §§41(a) y 42(a) y *Slaughterhouse* en §§47 y 48(a).

13 Véase Peter Winship, “Las garantías mobiliarias”, capítulo que será publicado en el tercer volumen de esta obra.

14 Véase Leebron, “Responsabilidad por productos defectuosos”, cap. 15, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

de hecho idéntica, ¿cómo podrían ajustarse las futuras sentencias a los cambios sociales, impredecibles al momento de dictar la sentencia original? Para poder entender la manera como el derecho creado por los tribunales crece y, en ocasiones, se descarta, es necesario entender el método de razonamiento denominado “por vía de ejemplos”. Debemos advertir que el método de razonamiento que se describe a continuación no es común en los tribunales de primera instancia, donde el juez aplica normas generales de manera muy parecida a la forma en que éstas son aplicadas por un juez de raigambre romanista, con la excepción del seguimiento del *stare decisis*, discutido en §5, *supra*. Los tribunales recurren al método por vía de ejemplos en aquellas ocasiones en las que pretenden crear nuevas reglas.

10. *El crecimiento del derecho jurisprudencial y el razonamiento por vía de ejemplos.* Una de las reglas procesales más antiguas en el *common law* requería la vinculación contractual o negocial directa (*privity*) entre el demandante y el demandado, en todo tipo de acción, especialmente en una acción por actos ilícitos (*torts*). En contraste con los derechos de tipo romanista, el derecho estadounidense de principios del siglo XX no poseía una regla legislativa que expresara un deber de cuidado o diligencia por parte del demandado hacia el resto del mundo, en la forma en que este deber apareció formulado en el Código Civil francés de 1800 y posteriormente en el Código Civil para el Distrito Federal de México.<sup>15</sup>

Como descendiente directo del *common law* inglés, el derecho estadounidense establecía, como se señaló anteriormente, muchos de los derechos y obligaciones de las partes, incluyendo su capacidad de acción, en función de relaciones jurídicas pre-existentes, tales como la del dueño de un predio y su arrendatario, usufructuario o huésped, o la del patrón y su empleado o mandatario (*master-servant, principal-agent*). De tal manera, para poder demandar por un acto ilícito, el demandante debía poder demostrar que el demandado tenía un deber jurídico preexistente hacia el demandante en cuestión.

11. *Una ilustración del razonamiento por vía de ejemplos: el caso MacPherson vs. Buick.* El adquirente de un automóvil Buick sufrió serias lesiones cuando se reventó una de las llantas de un vehículo comprado a un distribuidor. Quien fabricó la llanta no fue el fabricante del vehículo, sino un tercero subcontratista. El adquirente del vehículo demandó al fabricante del vehículo y esta demanda resultó en una famosa sentencia de apelación cuya opinión

15 Véase, como ejemplo de la formalización de este principio, el artículo 1382 del Código Civil francés de 1800, así como el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal de México de 1932.

mayoritaria redactó el magistrado Benjamín Cardozo, considerado como uno de los más grandes juristas de Estados Unidos. Antes de ser magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos fue juez de la Corte de Apelación del estado de Nueva York, y durante su desempeño en este cargo fue que redactó dicha opinión.<sup>16</sup> Esta sentencia transformó el requisito de vinculación contractual o negocial directa, entre el demandante y el demandado, en un requisito de “previsibilidad” del daño (*foreseeability*). Es decir, en caso de que un objeto fabricado resultara peligroso, y que fuera previsible su peligrosidad, podría existir responsabilidad hacia un tercero, independientemente de que existiera un vínculo contractual o negocial previo respecto a este tercero. De esta manera, la responsabilidad por la fabricación de un producto defectuoso (la llanta del automóvil) comenzó a transformarse, no sólo en Nueva York sino en todo el país, en un deber generalizado que, en ciertos casos, es de responsabilidad objetiva (*strict liability*).

A continuación se transcribe una parte de la decisión del magistrado Cardozo con el fin de ilustrar su método de razonamiento:

Hay prueba, sin embargo, de que los defectos pudieran haber sido descubiertos por medio de una inspección razonable, y que esa inspección no se llevó a cabo [...] La cuestión jurídica es si el demandado [Buick] le debía un deber de cuidado y vigilancia a cualquier persona que no fuese su comprador inmediato [el distribuidor]. [...] Los fundamentos de esta rama del derecho, al menos en este estado, fueron cimentados por la sentencia en el caso *Thomas vs. Winchester* [cita omitida]. En este caso, se rotuló erróneamente un veneno que se vendió a un farmacéutico; éste, a su vez, lo vendió a un consumidor. El comprador recobró daños y perjuicios del vendedor que rotuló la sustancia indebidamente. El tribunal de apelación determinó entonces que la negligencia del demandado puso ‘la vida del actor en inminente riesgo’. Un veneno mal rotulado es susceptible de lesionar a quien lo utilice; precisamente porque el peligro es previsible, existe el deber de evitar la lesión. *Thomas vs. Winchester* se convirtió entonces en una clave del camino emprendido por el derecho judicial. Si bien algunas sentencias tempranas se mostraron renuentes a extender su alcance, [...] sentencias posteriores evidenciaron un espíritu de interpretación más liberal. En este sentido, un caso significativo fue *Devlin vs. Smith* [cita omitida]. El demandado, un contratista, fabricó un andamio para un pintor. Los empleados del pintor resultaron lesionados al utilizarlo, y se declaró al contratista-fabricante responsable de la indemnización. Él sabía que un andamio defectuoso podía representar una peligrosa trampa, y también sabía que

16 Véase *MacPherson vs. Buick*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

dicho andamio iba a ser utilizado por los trabajadores. De hecho, con ese fin se había fabricado. Al fabricar el andamio para el uso de los trabajadores, el fabricante les debía un deber de debido cuidado en la fabricación, independientemente de su contrato con el comprador. Ahora bien, del caso *Devlin vs. Smith*, omitimos otras sentencias intermedias, y nos remitimos al último caso presentado ante este tribunal, en el que *Thomas vs. Winchester* fue citado. Este caso es *Statler vs. Ray Manufacturing Co.* [cita omitida], donde el demandado fabricó una cafetera para uso comercial que se instaló en un restaurante; al calentarse, la cafetera explotó y lesionó al actor. El tribunal decidió que el fabricante era responsable. Dijimos que la cafetera ‘tenía tales características que al utilizarse con el propósito para el cual fue diseñada, era susceptible de convertirse en una fuente de peligro para muchas personas, en caso de que no se hubiera fabricado cuidadosamente’.

Decidimos, por lo tanto, que el principio de *Thomas vs. Winchester* no se limita a venenos, explosivos y objetos de similar naturaleza, o a objetos que en su uso normal son implementos de destrucción. *Si la naturaleza de un objeto es tal que, en caso de haberse fabricado negligentemente, éste pudiera con razonable certeza poner en peligro la vida o integridad personal de un usuario, entonces dicho objeto se considera peligroso. Esto es, su naturaleza revela el peligro inherente que puede esperarse. Así pues, de esta colección de sentencias emerge una definición del deber del fabricante que permite evaluar la responsabilidad del demandado en este caso [MacPherson vs. Buick].*<sup>17</sup> El automóvil había sido diseñado para circular a una velocidad de hasta 50 millas por hora y, por ello, a menos de que las llantas fueran suficientemente fuertes y estuvieran bien fabricadas, era casi inevitable que se produjesen lesiones. Las llantas eran objetos tan peligrosos como el motor defectuoso de una locomotora. El demandado conocía la existencia del peligro, y también sabía que el automóvil iba a ser conducido por terceros distintos del distribuidor. El fabricante del automóvil lo vendió para que el distribuidor, a su vez, lo vendiera a sus compradores. De la misma manera, el contratista-fabricante vendió el andamio para ser utilizado por los trabajadores del comprador.

12. *La norma individual del magistrado Cardozo y la general del Código Civil para el Distrito Federal de México.* El lector puede darse cuenta de que el principio de responsabilidad al cual arribó el magistrado Cardozo aparece formulado como un principio gradual (histórico) y acumulativo desde la botella mal rotulada, hasta la llanta mal fabricada. Este principio conserva su apariencia de norma individual es decir, no de tipo legislativo o general y, en este sentido,

17 Las cursivas en la traducción muestran el énfasis en la nueva regla que el magistrado Cardozo infirió de las sentencias analizadas.

contrasta fuertemente con la redacción de una norma general como la contenida en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal de México:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.<sup>18</sup>

En la redacción del magistrado Cardozo, los hechos de la contienda también preservan su papel central. En otras palabras, Cardozo llegó a su conclusión comparando los hechos en *Thomas vs. Winchester*, *Devlin vs. Smith* etc., con los hechos en *MacPherson vs. Buick*. La parte esencial de esta comparación consiste en la peligrosidad inherente de los objetos cuando se rotulen, ensamblen o fabriquen negligentemente, y en la previsibilidad del daño o lesión causados. Esta forma de razonar, comparando hechos y objetos en busca de una regla aplicable, es parte de la enseñanza de la investigación del derecho estadounidense. Recuerdo que mi primer ejercicio de investigación como estudiante del primer año de derecho en Estados Unidos fue el siguiente:

Un espectador de un juego de hockey fue golpeado en la cara por el disco (*puck*) que salió volando de la cancha durante el partido. En este caso, ¿el espectador lesionado podría tener un derecho de acción contra el dueño del estadio, basándose en la pretensión de que el diseño del estadio no era adecuado para proteger razonablemente a los espectadores?

Recuerdo también que tuve que dedicar gran parte de la investigación a identificar los hechos por medio de palabras que los describieran lo más cercanamente posible. Estas palabras se encontraban más bien en un índice analítico, que en alguno de índole más general. Desde el inicio, dirigí mi investigación a buscar, no el significado del concepto *negligencia* respecto a terceros —en este caso, los espectadores—, sino términos tales como *hockey*, *stadium*, *spectator* y *flying objects*. Así, las palabras que resultaron ser más efectivas fueron *flying puck* o *flying object*. Una vez identificadas, estas palabras funcionaron como vínculo para encontrar varias sentencias emitidas en diversas jurisdicciones donde estaban involucrados accidentes con discos de hockey, voladores o no.

18 Artículo 1913, Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 1995.

Sería falso concluir que la mera identificación de los hechos conduce a la decisión del tribunal. Los jueces, en especial los más calificados, toman en cuenta los principios jurídicos que regulan las comparaciones de los hechos y que, a la larga, configuran la decisión.

13. *Deducción, inducción y razonamiento por vía de ejemplos añadidos.* La decisión del magistrado Cardozo no se basó en un razonamiento de tipo deductivo. Si él hubiera seguido este razonamiento, habría formulado primeramente su premisa mayor, tal como aparece, entre otras fuentes del derecho romanista, en los artículos 1910 y 1913 del Código Civil para el Distrito Federal de México; después habría intentado subsumir los hechos del caso *sub judice* en la premisa mayor, para concluir finalmente a favor o en contra de la responsabilidad jurídica.

El razonamiento del magistrado Cardozo tampoco fue producto de un razonamiento inductivo-empírico. Este tipo de razonamiento requiere que la regla de carácter general se obtenga de un examen y verificación de todas las disputas conocidas que involucren responsabilidad por la fabricación de objetos inherentemente peligrosos. Después de compilar estas disputas, el investigador tendría que contestar, entre otras, las siguientes preguntas: ¿Cuáles disputas fueron decididas por los tribunales? ¿Cuáles resultaron en decisiones favorables para el actor y cuáles no? ¿Cuál es la regla y cuál la excepción? Debe notarse que el proceso inductivo conduce al cómputo de casos y de resultados, y no a la comparación entre los hechos y los resultados de un cierto número de casos.

A pesar de no ser producto de un razonamiento inductivo o deductivo, el hecho de que el magistrado Cardozo haya utilizado las comparaciones y analogías enumeradas, así como su imposición de responsabilidad, resulta de una lógica rigurosa. Ésta quedó caracterizada en el clásico trabajo de Edward Levi antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y Secretario de Justicia de los Estados Unidos como un razonamiento “por vía de ejemplos”. Cuando se razona por vía de ejemplos, decía Levi (citando a Aristóteles):

[...] No se razona a partir de una parte en búsqueda del universo en cuestión, ni a partir del universo en búsqueda de la parte en cuestión, sino se razona de parte a parte cuando estas partes están sujetas a un mismo término [norma], y la sujeción de una parte a tal término [norma] es conocida...<sup>19</sup>

19 Aristóteles, *Analytica Priora*, 69A (Nueva York, McKeon, 1941), *apud*. E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1961, pp. 5 y 103.

En el caso *MacPherson vs. Buick* (1916), el razonamiento aristotélico de parte a parte es el que compara los elementos en común entre el andamio, la botella de veneno mal rotulada, la cafetera que explota y la llanta defectuosa del automóvil. La norma o “el término” conocido respecto a estos objetos, con la excepción de la llanta, es su peligrosidad cuando estén mal fabricados o mal rotulados, así como la previsibilidad de la lesión a un tercero.

14. *La lógica de lo razonable*. Con mucha frecuencia, cuando no existen precedentes o cuando ellos son contradictorios, los tribunales estadounidenses utilizan la “lógica de lo razonable”. Éste es un tipo de lógica bastante cercano al razonamiento por vía de ejemplos, que también utilizaron los griegos y los romanos. La autoridad de esta lógica deriva de su apego al “sentido común”, y cuando se aplica, se utilizan como modelos el comportamiento de arquetipos sociales, ya sean de un cuidado o diligencia promedio, o los más respetables tales como el *bonus vir* y el *bonus pater familias* romanos, el *ordentlicher Kaufmann* alemán, o el *prudent reasonable man* del derecho angloamericano.

Los tribunales estadounidenses utilizan con frecuencia esta lógica. A veces ellos se preguntan si determinada norma u opinión judicial no conduciría a resultados “absurdos”, “extraños” o “inaceptables”. En ocasiones, los tribunales ilustran lo absurdo o inaceptable de una regla o resultado describiendo o enumerando lo que algunos jueces llaman un “desfile de absurdos”. Referencias típicas a estos resultados absurdos o inaceptables se encuentran en las advertencias judiciales que señalan que, en caso de que determinado curso de acción fuera adoptado por el tribunal, ello llevaría a “la ruptura del dique que contiene el mare mágnum de litigios potenciales” (*the opening of the floodgates of litigation*) o a que “las ruedas que mueven al comercio se detengan” (*the wheels of commerce would grind to a halt*) o bien, en un caso como el de la llanta defectuosa, a que se “minara la vitalidad de una importante industria” (*undermine the vitality of an important industry*), o que se impidiera la fabricación de automóviles en un futuro, debido al alto costo de los litigios.

Los tribunales estadounidenses frecuentemente determinan el comportamiento arquetípico después de escuchar el testimonio de testigos representativos de la clase social involucrada en el juicio, o por medio de la prueba pericial. En ocasiones, este tipo de comportamiento establecido por el juez requiere una diligencia u honestidad superior al comportamiento promedio. Dependiendo de la calidad de la visión judicial, la regla o estándar pueden ser duraderos o efímeros.

Considérese, por ejemplo, el estándar judicial de la *uberrima fides* en los negocios fiduciarios. Uno de sus arquitectos, el magistrado Benjamin Cardo-

zo, impuso este estándar sobre el fiduciario que pretendía adquirir para sí mismo los bienes correspondientes a su beneficiario o pupilo. En tales adquisiciones, dijo el magistrado, el estándar no es únicamente el de la honestidad, “el *punctilio* de un honor o fiducia más sensible”. Este estándar requiere que el fiduciario pruebe que la adquisición fue no solamente razonable, sino la más propicia para el beneficiario del fideicomiso, independientemente de la manera como un adquirente o vendedor promedio hubiese actuado conforme a las circunstancias.<sup>20</sup> Esta versión del comportamiento del fiduciario en situaciones en las que existe, por lo menos potencialmente, un conflicto de intereses es, hasta la fecha, una influencia en el derecho de fideicomisos.

Por otra parte, la visión del gran jurista mencionado anteriormente, el magistrado Holmes, respecto a la conducta razonable de un conductor de automóvil que llega a un cruce de ferrocarril, no ha sido tan perdurable. El estándar de razonabilidad de Holmes era el siguiente:

Quien conduce un automóvil y se aproxima al cruce del ferrocarril sin haber escuchado el silbato del tren, o sin haberse percatado de cualquier otra señal de proximidad, y no toma precauciones adicionales, cruza las vías bajo su propio riesgo. Si el conductor no puede establecer con seguridad la proximidad del tren, debe detener su vehículo y salir del mismo antes de cruzar la línea del ferrocarril, a pesar de que obviamente no deberá hacer otra cosa que detenerse y mirar.<sup>21</sup>

Algunas personas allegadas a Holmes atribuyeron la extrema cautela que el magistrado demandaba en el comportamiento de un conductor prudente y razonable, a sus propios hábitos de caminante inveterado, quien rara vez utilizaba el automóvil para desplazarse.

15. *Los hechos y la teoría jurídica en el litigio estadounidense y en el mexicano.* No todo lo que abogados y tribunales determinan como hechos corresponden a los hechos que en efecto hayan sucedido; en algunos casos, los hechos son meros utensilios de la teoría jurídica que el abogado elige para sustentar su acción o excepción. Un abogado mexicano que observe el modo en que su contraparte estadounidense prepara sus alegatos y pruebas en un juicio civil, seguramente se sorprenderá por la naturaleza detectivesca de la búsqueda de los hechos y por la determinación del acaecer exacto, tomando en cuenta —o no— lo narrado o descrito por su cliente.

20 Cardozo se cita en *In Re James Estate*, 86 N.Y.S.2d 78, 89-90 (1948).

21 Véase *Baltimore & Ohio Railroad vs. Goodman*, 275 U.S. 66 (1927).

En la preparación de sus alegatos y prueba, el abogado estadounidense recurre a un arsenal de procedimientos destinados a la averiguación no sólo de los hechos conocidos por su cliente, sino también de los hechos conocidos por el contrario.<sup>22</sup> En mucho, esta averiguación está motivada por la necesidad de presentar al jurado, de la manera más fehaciente posible, los hechos acaecidos, o bien, al juez que actúa en lugar del jurado como juzgador de los hechos. La importancia adscrita al establecimiento de los hechos es tal, que en ciertas ocasiones los tribunales estadounidenses permiten enmendar las teorías jurídicas sobre las que se basan la acción o la excepción una vez que termina la fase probatoria.<sup>23</sup>

En la *litis* mexicana las teorías jurídicas y los conceptos en los que ellas se basan tienen la mayor importancia. Una vez elegidas, estas teorías organizan y guían la presentación de los hechos, y determinan la victoria o derrota en el juicio.

16. *La preponderancia de la teoría jurídica en el litigio mexicano.* Analicemos, por ejemplo, una acción por incumplimiento de contrato provocada por una drástica devaluación del peso, moneda en la cual las partes acordaron la entrega de productos agrícolas y con la que se pagaron múltiples entregas previas a la devaluación. Es muy frecuente que el abogado del demandado, presunto incumplidor, elija como teoría de su contestación la nulidad del contrato por la falta de representación del actor o del demandado, por carecer uno y otro de poderes suficientes de representación. Si en efecto ésta es la teoría forense, el juicio girará en torno a una supuesta nulidad o inexistencia de un contrato, al cual las partes, mediante su conducta anterior a la devaluación, reconocieron como existente y válido. En este juicio, entonces, la existencia física de un contrato y los hechos relativos a su cumplimiento o incumplimiento quedarían supeditados a la determinación de si hubo o no la suficiente representación jurídica. En el momento de concluirse el juicio, la decisión del tribunal enriquecerá la copiosa jurisprudencia respecto a los poderes de los abogados, o a la nulidad o inexistencia de los contratos debido a la falta de representación, pero no proporcionará una regla respecto a la acción por incumplimiento del pago del contrato, motivado por una imprevisible devaluación de la moneda.

17. *La ausencia del holding y el dictum en el derecho judicial mexicano.* La preponderancia de la teoría jurídica y el papel secundario de los hechos se hacen patentes en la lectura de las ejecutorias de la Suprema Corte publicadas

22 Véase Molloy, *op. cit.*, §§46-49.

23 *Ibid.*, §43(b).

en el *Semanario Judicial de la Federación* de México. Si bien es cierto que los tribunales de apelación —como la Suprema Corte— son tribunales de derecho, también es cierto que para guiar el comportamiento de los tribunales inferiores se requiere una clara, aunque sumaria, relación de los hechos que hayan dado lugar al pronunciamiento judicial en apelación.

Esta guía no es fácilmente obtenible en muchas de las ejecutorias de la Suprema Corte de México, ya que ellas contienen una prolija discusión de los argumentos y teorías jurídicas, pero sólo mínimas y esporádicas referencias a los hechos subyacentes. Por esta razón, no existe en la jurisprudencia mexicana la dicotomía entre *holding* y *dictum* del *common law*. De hecho, las cinco ejecutorias consecutivas, enumeradas por el *Semanario Judicial de la Federación*, como “jurisprudencia definida” serían consideradas como *dicta* por el abogado del *common law*, ya que ellas, por lo general, no hacen referencia alguna a los hechos de cada ejecutoria y sólo expresan reglas o principios generales sin relacionarlos a los hechos que dieron lugar a tal pronunciamiento.

#### IV. LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES DEL CONTRATO, EL USO DE EJEMPLOS Y LA LÓGICA DE LO RAZONABLE

18. *La minuciosidad de la redacción de contratos en Estados Unidos.* La redacción de contratos en Estados Unidos tiende a ser más prolija, y al mismo tiempo dependiente del arquetipo del contratante razonable, que lo que sucede en países de raigambre romanista. Lo que para un abogado romanista es una interminable enumeración de hechos e hipótesis fácticas, para el abogado estadounidense constituye un requisito esencial de la clarificación de la intención de las partes. Para él, la principal preocupación radica en no reflejar la verdadera intención de las partes en el momento que el contrato es examinado por el juez, el jurado o un perito en el tipo de contratación en cuestión. En contraste con su colega mexicano, su preocupación no desaparece con el uso de las definiciones y clasificaciones legislativas, tales como las descritas anteriormente en relación con el Código Civil francés, ya que en el derecho estadounidense éstas raramente son de carácter vinculatorio. Por lo tanto, el redactor estadounidense de contratos asume que, a menos de que el hecho, o situación de hecho, haya sido completamente descrito en el contrato, la intención contractual quedará salvaguardada.

Tomemos, como ejemplo, una forma bastante generalizada de describir un bien o bienes que garantizan una prenda mercantil en el contrato de prenda. A pesar de que el Uniform Commercial Code de Estados Unidos (UCC)

solamente requiere una identificación razonable de estos bienes,<sup>24</sup> la mayoría de las descripciones no sólo enumera las categorías, sino describe los bienes en gran detalle y de manera ilustrativa. Por ejemplo: al realizar el inventario o existencias de un establecimiento comercial, se incluye la “ropa” (y a continuación ejemplos ilustrativos), los “artículos de fantasía” (y a continuación ejemplos ilustrativos), la “perfumería” (y a continuación ejemplos ilustrativos), “artículos eléctricos” (y a continuación ejemplos ilustrativos), etc. Seguimiento de esta descripción es habitual, a la luz del principio *ejusdem generis*, insertar una cláusula indicativa de que la enumeración es sólo enumerativa y no taxativa.

19. *El problema de la ambigüedad de la intención contractual.* La regla general en el derecho de Estados Unidos es que si un contrato no es “ambiguo”, la interpretación del contrato debe hacerse por el tribunal y no por el jurado. Sin embargo, si el tribunal determina que existe cierta ambigüedad en el contrato después de analizar el texto y las circunstancias circundantes, la interpretación de la ambigüedad corresponde al “juzgador de los hechos”.<sup>25</sup> Considerando el derecho constitucional a tener un juicio por jurado en la mayoría de las acciones civiles,<sup>26</sup> el juzgador de los hechos bien podría ser el jurado elegido por sorteo entre la población. Por ello, en vez de clasificar el contrato siguiendo la forma romanista, y de permitir que las consecuencias de esta clasificación determinen la interpretación (por ejemplo, si se trata de un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, etc.), el redactor estadounidense se preocupa de la manera como el jurado interpretará los términos en cuestión.

20. *Los criterios para medir lo razonable.* ¿Qué quiere decir el UCC cuando se refiere a una descripción o identificación de los bienes como “razonable”? En el caso específico del contrato de prenda anterior, el UCC entiende como razonable el significado que le atribuiría al término o cláusula contractual un tercero adquirente del bien prendado o prestamista que contemple utilizar los bienes descritos como garantía para su préstamo. El UCC presume que este tercero querrá consultar el contrato de prenda y determinar si el bien o

24 La sección 9-110 expresamente requiere que: “A los efectos de este artículo, cualquier descripción de los bienes muebles o inmuebles a los que estos bienes muebles se hayan incorporado es suficiente, independientemente si es específica o no, si la descripción de los bienes los identifican en forma razonable.” Véase Selected Commercial Statutes, Uniform Commercial Code (West Publishing Co., 1996).

25 Véase, por ejemplo, *Pitman III vs. Lightfoot, Jr.*, 937 S.W.2d 496 (CA Texas 1996).

26 Véase Molloy, *op. cit.*, §§22 y 23.

bienes en cuestión está gravado. Por ejemplo, supongamos que el tercero, posible prestamista, esté considerando prestar con la garantía de computadoras en el inventario del posible deudor. Supongamos que la descripción que aparece en el contrato sea la de “aparatos eléctricos” a secas, y que las computadoras no aparezcan entre los ejemplos que ilustren los bienes gravados. Quien haya empleado tal descripción podría perder sus derechos a las computadoras en una disputa con un tercero acreedor, si éste demuestra que él y sus colegas prestamistas por lo regular atribuyen al término “aparatos eléctricos” un significado que excluye a las computadoras.

Los contratos estadounidenses también utilizan el término razonable para indicar un comportamiento más genérico que el descrito en el párrafo anterior. Este comportamiento es frecuentemente inseparable de las nociones de buena fe y de inhibición al abuso del derecho. De esta forma, el término “razonable” evita la necesidad de enumerar derechos o deberes en situaciones donde una o ambas partes tiene derechos o deberes discrecionales. Considérese, por ejemplo, un contrato de franquicia en el que el franquiciatario tiene el deber de preservar la calidad del producto o servicio franquiciado. Tales deberes no son susceptibles de ser detallados exhaustivamente. Algún otro deber relacionado con el control de calidad siempre se perderá de vista en el momento de la enumeración. Para evitar tales omisiones, el redactor de contratos de franquicias recurre a fórmulas de razonabilidad.<sup>27</sup>

21. *La connotación objetiva de lo razonable.* De lo anterior se desprende que el término “razonable” o “lo razonable” tiene una connotación objetiva y discernible en el derecho estadounidense de la contratación: es el comportamiento de los participantes regulares en la transacción o en la relación familiar, social, profesional o de negocios, o el comportamiento de buena fe de un contratante. Dependiendo de la formalización del estándar, éste puede ser el de un participante promedio, en términos de su diligencia y buena fe, o el de un participante modelo. Debe recordarse que cuando el redactor del contrato utiliza el término “razonable”, la determinación del significado de este término se formaliza por los tribunales como una cuestión de hecho a ser resuelta, en la mayoría de los casos, por el jurado.<sup>28</sup>

27 Para una discusión sobre contratos de franquicias, véase el capítulo de Quinn P. Williams, “Las franquicias”, que será publicado en el tercer volumen de esta obra.

28 Véase *Roberti's House of Wines, Inc. vs. Somerset Wine Co.*, 703 P.2d 976 (Ore. App. 1985).

## V. EL DERECHO LEGISLADO ESTADOUNIDENSE

22. *El gran volumen de la legislación estadounidense.* Un error común en relación con el derecho estadounidense consiste en calificarlo como “no escrito”, en el sentido de que no es un derecho legislado o codificado. En realidad, existen pocos países en el mundo con un cuerpo de leyes y códigos tan extenso como el de Estados Unidos. Esto no significa que las leyes o códigos estadounidenses se redacten e interpreten del mismo modo que en los países de raigambre romanista. Por lo tanto, es importante proveer una descripción, si bien somera, del método de razonamiento y redacción de códigos y leyes en el derecho estadounidense.

Antes de hacer esta descripción es necesario advertir que el estilo terso que caracteriza la redacción de la Constitución de los Estados Unidos, así como las frases lapidarias que ella y sus enmiendas emplean, no es característico del método de redacción de leyes o códigos utilizado por los congresos federales y estatales. Como se describirá en los incisos siguientes, la mayoría de las leyes federales y estatales se redacta de manera muy similar a la que emplean los abogados estadounidenses para redactar sus contratos, es decir, prolijamente y con multitud de reglas derivadas de situaciones de hecho, y por tanto, con inevitables excepciones, y excepciones a las excepciones.

23. *La multiplicidad y superposición de fuentes legislativas.* Una de las características más significativas del federalismo estadounidense es la división de las funciones legislativas entre los estados y la Federación, y la retención de considerables poderes legislativos por parte de los estados. En consecuencia, la legislación de Estados Unidos emana tanto del Congreso federal, localizado en Washington D.C., como de las cincuenta legislaturas estatales y de las legislaturas de distintas entidades asociadas con la Federación (como el caso de Puerto Rico, por ejemplo). Cada órgano legislativo asume su papel con total seriedad —por lo regular, con demasiada seriedad—. En consecuencia, el volumen de materiales legislados es enorme.

24. *La unificación y armonización legislativa del derecho privado.* Como se discute en el primer capítulo de este volumen,<sup>29</sup> una de las tareas más importantes de la Constitución estadounidense ha sido la de facilitar el libre comercio entre los estados miembros de la Federación. Debe enfatizarse, como lo hace Baker, que en contraste con el derecho mexicano, el derecho comercial estadounidense es, en gran parte, de índole estatal. Por ello, sin la protección al libre comercio que brinda la Constitución, sus interpretaciones por la Su-

29 Véase Baker, *op. cit.*, §1.

prema Corte al igual que otras cortes federales y estatales, y por leyes federales tales como la Ley Sherman Anti-Trust,<sup>30</sup> es posible que el mercado común más extenso de la tierra no hubiese llegado a ser ni siquiera un mercado común.

a) *Macro y micro esfuerzos legislativos.* Los esfuerzos jurídicos en pro del libre comercio se pueden describir como “macro esfuerzos”, es decir, esfuerzos del derecho público encaminados a eliminar impedimentos o barreras que afectaban la actividad de los diversos sectores económicos del país, como por ejemplo, las medidas tendentes a facilitar la creación de monopolios o de barreras tarifarias o no tarifarias.

En contraste con los “macro esfuerzos” dirigidos a facilitar la actividad económica de los diversos sectores, los “micro-esfuerzos” jurídicos estaban encaminados a crear la infraestructura jurídica requerida por los participantes individuales en cada uno de estos sectores. Su propósito era la creación de lo que he descrito como una “vía jurídica continua” por mediación de la uniformidad y armonización del derecho y de la práctica comercial entre los estados o países involucrados.<sup>31</sup> Éste es el tipo de vía que permite el tránsito ininterrumpido de contratos tales como compraventas, arrendamientos, préstamos, hipotecas, prendas, seguros, transportes, y de títulos de crédito y valor.

Sin esta uniformidad o armonización las compraventas entre residentes de distintos estados serían muy difíciles, ya que la misma transacción podría ser válida en el estado del vendedor, pero no en el del comprador. Lo mismo sucedería con préstamos garantizados por medio de prendas registradas y vinculatorias en el estado donde se concedió el préstamo, pero no exigibles en el estado al que se transportó el bien prendado, o con pagos por medio de títulos de crédito que fueran exigibles en el estado de emisión, pero no en el del cumplimiento de la obligación.

b) *Las entidades impulsoras de la unificación del derecho privado.* Una vez que Estados Unidos se convirtió en uno de los principales productores, dis-

<sup>30</sup> Véase el trabajo de Thomas E. Kauper, “El derecho de la competencia económica”, cap. 12, §5, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

<sup>31</sup> Véanse B. Kozolchyk, “NAFTA’S Continous Commercial Legal Highway”, cap. 1, en “*Toward Seamless Borders, Making Free Trade Work in the Americas*”, Tucson, National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT), 1993; “Highways and Byways of NAFTA Commercial Law: The Challenge to Develop a ‘Best Practice’ in North American Trade”, *United States-Mexico Law Journal*, vol. 1, 1996; “The Best Practices Approach to the Uniformity of International Commerical Law: The UCP 500 and NAFTA Implementation Experience”, cap. 15 en Ross Cranston (ed.), *Making Commerical Law, Essays in Honor of Roy Goode*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

tribuidores y consumidores del mundo, el movimiento de unificación del derecho estatal se inició fundamentalmente en dos instituciones privadas y no lucrativas: el American Law Institute y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws.<sup>32</sup> Muchas de las leyes uniformes, redactadas o respaldadas por ambas entidades, tienen naturaleza comercial y su principal logro es el Uniform Commercial Code (UCC). El tercer volumen de esta obra se centrará en el análisis de las transacciones comerciales y el UCC, y en él podrá apreciarse con mayor detalle el proceso de redacción de los diversos artículos de este código; por lo pronto, en el presente capítulo nos limitaremos tan sólo a describir brevemente la técnica de redacción y a compararla con la de los códigos de los países de derecho romanista.

25. *Los participantes en la redacción del UCC.* A diferencia de los códigos civiles y de comercio más influyentes en Europa y Latinoamérica durante el siglo XIX, que fueron resultado del trabajo de un grupo de distinguidos académicos del derecho y de funcionarios públicos, la codificación de la ley comercial en Estados Unidos ha sido, desde sus inicios, un esfuerzo múltiple. En su redacción han intervenido académicos y profesionales, y también comerciantes de todas las ramas del comercio, dando como resultado un documento plural y además sensible a la práctica comercial; los redactores no pretendieron crear mecanismos universales para regir la sociedad comercial, sino para facilitar el comercio en todo Estados Unidos mediante reglas que reflejaran fielmente el comportamiento de los participantes regulares y de los modelos en el mercado al igual que las opiniones (*holdings*) más influyentes del derecho jurisprudencial.

26. *El UCC como un compendio de normas individuales.* La redacción del UCC refleja la preminencia del razonamiento por vía de ejemplos y de reglas muy específicas derivadas del gran número de sentencias, usos o costumbres

32 El American Law Institute (ALI) es responsable de los muy influyentes *Restatements* de la ley, es decir, los sumarios y análisis de los fallos judiciales importantes en áreas clave del derecho, así como del dictamen de diversas leyes uniformes de gran importancia. La National Conference of Commissioners of Uniform State Laws (NCCUSL) ha redactado la mayor parte de leyes estatales uniformes que se aplican actualmente en Estados Unidos, incluyendo el UCC. El ALI funciona como el principal socio de la NCCUSL en la redacción y revisión de dichas leyes. Asimismo, el trabajo del ALI recientemente se ha volcado hacia la uniformización internacional, como por ejemplo, el Proyecto de Insolvencia Transnacional (una Declaración Internacional del Derecho de Quiebras Estadounidense. Véase el borrador de 17 de abril de 1997). Este trabajo se evidencia en la publicación del ALI (*ALI Reporter*) que se edita cuatrimestralmente. En el vol. 19, núm. 1 (1996), se publicó la detallada descripción, escrita por su director ejecutivo, Fred Miller, de la función y procesos de la NCCUSL.

consultados. Frecuentemente, el resultado es una minuciosa enunciación de normas individuales, es decir, reglas específicas donde cada una es aplicable a la situación de hecho, judicial, arbitral o hipotética, de la cual se extrajeron. De ahí que el intérprete tenga que establecer el trasunto litigioso o de posible litigio detrás de cada regla como paso previo a la determinación de su ámbito de aplicación. Afortunadamente, los llamados comentarios oficiales (*official comments*) a cada norma proporcionan muchos de estos trasuntos.

La especificidad de las normas influye también sobre el método de definición. En vista de que las definiciones en el UCC no pretenden aislar lo esencial, eterno y universal de cada institución, ellas se convierten en meros puntos de referencia o aclaratorios del contexto o trasunto de las diferentes reglas.

27. *El contraste con los códigos europeos y latinoamericanos.* Si bien la especificidad del UCC refleja un alto grado de sensibilidad respecto a las reglas judiciales y consuetudinarias, y con ello da respuesta legislativa a problemas contemporáneos, también sacrifica el rigor lógico asociado a la codificación. La falta de este rigor salta a la vista aun en un examen superficial de las definiciones del UCC. Muchas de ellas son tautológicas, es decir, incluyen en la definición al término definido y otras simplemente enumeran términos incluidos en la definición.<sup>33</sup>

Los códigos europeos y latinoamericanos no sólo definen con mayor precisión que el UCC,<sup>34</sup> sino que al formular reglas de aspiración a lo permanente e universal, crean definiciones que también fungen como principios generales.<sup>35</sup>

28. *La interpretación del derecho legislado por los tribunales.* A pesar de la desconfianza manifestada por el magistrado Holmes respecto a los principios

33 Considérese, por ejemplo, la definición del término “acuerdo” que hace la sección 1-201(3) del UCC: “Lo acordado de hecho por las partes, en la forma en que este acuerdo aparece en el texto del acuerdo, o deducida de otras circunstancias, incluyendo la contratación previa de las partes, el uso o costumbre del comercio o la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, de la manera prevista por esta Ley...”.

34 Compárese, por ejemplo, la definición de contrato en el Código Civil francés y la definición de acuerdo en el UCC.

35 Por ejemplo, respecto a la representación o mandato (Código Civil francés, art. 739), el consentimiento y la voluntad contractual (*ibid.*, arts. 1109 y 1134), posesión de bienes muebles (*ibid.*, art. 2279), etc. Cada una de estas definiciones-principios aíslan la naturaleza jurídica de la institución, establecen el denominador común de las reglas relacionadas y, de esta manera, sirven de guías para la interpretación no sólo de normas individuales, sino de todo un conjunto de normas o de ramas del derecho privado.

generales, las reglas redactadas como corolarios de principios generales se pueden interpretar más coherentemente que las inspiradas por el amplio derecho jurisprudencial. El principio general ayuda a percibir más claramente la intención del legislador, incluyendo el ámbito de su aplicación.

La especificidad inherente en la redacción de leyes y códigos estadounidenses requiere de una constante y abundante interpretación judicial, ya que, desde el punto de vista del litigante, como se mencionó anteriormente, “jamás hay dos casos idénticos”. Por ello y en busca de uniformidad interpretativa, los tribunales estadounidenses prefieren muchas veces interpretar un texto legislativo remitiéndose a su interpretación en los precedentes judiciales.

## VI. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

29. *La costumbre como fuente del derecho público.* Una de las razones de la vigencia y actualidad del derecho estadounidense es su apertura al comportamiento consuetudinario, independientemente de si éste es el de jueces o de vecinos de una municipalidad. Es tan vital la costumbre como fuente, que en algunas materias de orden comercial ella puede incluso desplazar al derecho legislado.

Considérese, por ejemplo, una norma tan mundana como una ordenanza municipal respecto a las correas y bozales de perros (*dog leash ordinance*). Antes de su promulgación, un buen número de vecinos de la municipalidad habitualmente utilizaba estas correas para pasear a sus perros por los parques de la ciudad. Esta conducta se conocía como la “costumbre del buen vecino”. Otros vecinos, sin embargo, no las usaban pretextando la libertad de locomoción de sus perros. En audiencia pública, el ayuntamiento, tras escuchar descripciones de las respectivas costumbres, decidió a favor de la costumbre del buen vecino. Desde ese momento, lo que había sido una costumbre informal se convirtió en una norma de derecho positivo.

30. *La costumbre como fuente del derecho privado.* La apertura hacia las prácticas consuetudinarias también resulta evidente en la redacción del UCC. La §1-205 acepta como herramientas para la interpretación de la voluntad contractual lo siguiente: las transacciones celebradas anteriormente (entre las partes de un contrato), los usos del comercio, o “las prácticas o métodos de negociación que tengan tanta regularidad en su observancia en un lugar —o profesión o actividad determinada—, como para justificar la expectativa de que deberán ser observadas en relación con la transacción en cuestión”.

Más aún, algunas legislaturas estatales han permitido que las partes, en ciertas transacciones comerciales tan importantes como los créditos documentarios, excluyan la aplicación del UCC si el crédito establece que se encuentra sujeto a las Uniform Customs and Practices for Documentary Credits (UCP), una fuente consuetudinaria arquetípica del derecho bancario internacional.<sup>36</sup>

## VII. LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN ESTADOS UNIDOS

31. *La enseñanza “socrática”*. A partir de finales del siglo XIX, la educación jurídica en Estados Unidos se desvió considerablemente del método tradicional del *common law* —todavía parcialmente en vigor en Inglaterra—, mediante el cual los abogados recibían su educación como aprendices de jueces o de abogados con mayor experiencia. El método de enseñanza adoptado en Estados Unidos también se diferenció radicalmente del utilizado en las universidades europeas y latinoamericanas. Este último consistía en conferencias de tipo magistral (sin debates o preguntas), basadas en los comentarios de tipo exegético y doctrinal del maestro o de sus comentaristas preferidos.

El método adoptado para la enseñanza del derecho estadounidense se denominó “socrático” debido a su similitud con los diálogos que Platón atribuyó a su maestro. Fue concebido por el profesor Christopher Columbus Langdell de la Facultad de Derecho de Harvard, y se basó en dos teorías, una educativa y la otra iusfilosófica.

a) *El aspecto pedagógico*. La teoría educativa se inspiró en los escritos de Pestalozzi y Montessori. Éstos sostenían que los estudiantes tienden a retener más fácilmente aquellos conocimientos cuya adquisición les implica un esfuerzo físico y mental considerable. En consecuencia, la consistente lectura y preparación de sumarios de decisiones judiciales o administrativas para su dis-

36 El nuevo artículo 5 del UCC no puede ser más categórico en su comentario oficial a la §5-101: “Las Uniform Customs and Practices constituyen un cuerpo internacional de prácticas comerciales que se adopta normalmente en los créditos documentarios internacionales y locales, y como tal, constituyen la ‘ley de la transacción’ por acuerdo entre las partes”. Véase el texto modificado de la §5-102 del UCC adoptado por el estado de Nueva York, que de manera relevante expresa lo siguiente: “Con la excepción de lo provisto en la subsección 4 de esta sección, este artículo no se aplicará (4), a menos de que las partes acuerden lo contrario, a un crédito documentario que en sus términos y condiciones estipule su sumisión a las UCP. Otros cuatro estados adoptaron la misma excepción.

cusión en clase, produciría un resultado educativo superior a la mera recepción pasiva de la información que proporciona el maestro.

b) *El aspecto iusfilosófico*. Langdell sostenía que la ciencia jurídica es similar a otras ciencias, excepto por lo que se refiere a las materias investigadas. Según Langdell, las decisiones judiciales y administrativas constituyen la materia prima de la ciencia jurídica. En este sentido, estas decisiones son la contraparte del suelo que estudia un geólogo, o de las rocas y minerales del minero. Luego de un cuidadoso proceso de búsqueda, identificación y clasificación, los fallos judiciales facilitan lo que el magistrado Holmes describía como la profecía de lo que los tribunales decidirían respecto a los hechos *sub judice*. La biblioteca que contiene estos fallos es el laboratorio del científico jurídico, así como el principal campo de entrenamiento del abogado. En consecuencia, el objetivo de la educación jurídica, de acuerdo con Langdell, era exponer al estudiante a la mayor cantidad de casos posibles en cada una de las principales áreas del derecho y, mediante un constante debate guiado por el maestro, mejorar su entendimiento y aplicación de los precedentes.

32. *La práctica del método socrático*. Los dos elementos clave del método de Langdell fueron los libros de casos (*casebooks*), que contenían compilaciones de los casos más importantes para cada rama principal del derecho, y las constantes preguntas del profesor respecto a estos casos de manera que condujera al debate interpretativo.

Si se emplea correctamente, el método socrático agudiza las facultades analíticas y retóricas de los estudiantes, ayudando así a identificar los hechos relevantes para el *holding* y el *dictum*. Resulta, por lo demás, un método útil para los efectos de enseñar el poder de los hechos y la lógica de lo razonable, a la par que crea buenos hábitos de trabajo y de disciplina en el estudiante.

33. *Las fallas del método socrático*. Las principales fallas de este método también son didácticas y filosóficas. Requiere tanto tiempo en la discusión en clase, que frecuentemente la agudeza de análisis se logra en detrimento de la información básica sobre la institución en cuestión. Desde un punto de vista filosófico, este método ignora que el derecho abarca mucho más de lo que aparece en los fallos judiciales o administrativos. Gran parte del derecho estadounidense es legislativo o inspirado en la costumbre, y estas fuentes no pueden enseñarse solamente con la discusión de casos.

La visión langdelliana también ignoraba el papel de los principios rectores de la normativa jurídica. Un buen exponente del método socrático langdelliano se siente satisfecho, si tras una intensa discusión de varios casos en torno a la misma cuestión jurídica y con resultados aparentemente contrapuestos, logra que el alumno confiese su socrática ignorancia respecto a la regla aplicable.

Este maestro piensa que cumplió su cometido al enseñar al alumno a “pensar como un abogado”, y pierde de vista que posiblemente esté creando a un profesional escéptico o de moral judicial relativista en cuanto a la certidumbre del derecho. Más aún, la verdad jurídica que eludía tanto a este maestro como a su alumno, es que el derecho no consiste solamente en normas individuales, sino también en principios generales.

En la actualidad, la enseñanza jurídica en Estados Unidos no es del todo langdelliana. Algunos cursos, sobre todo los del primer año, continúan utilizando versiones atenuadas del método langdelliano. Otros cursos utilizan una combinación de la conferencia magistral con la discusión en clase. Muchas facultades de derecho también utilizan la enseñanza “informal” en seminarios y en “clínicas” donde el alumno es expuesto a clientes reales y a la problemática del ejercicio diario de la profesión.

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

34. *La mejor manera para medir el éxito de un sistema jurídico.* Es muy común que el lector de un estudio comparativo se pregunte “¿cuál es el mejor sistema?”. Esta pregunta plantea una falsa disyuntiva, porque cada sistema jurídico es producto de diversas culturas jurídicas y responde a diversos propósitos y demandas sociales. Por ello, la pregunta más apropiada sería, ¿cómo ha respondido el derecho de Estados Unidos a los propósitos que le fueron encomendados?

El tema central de esta obra, el derecho relativo al comercio y a la inversión, limita la anterior pregunta a la definición de si el derecho estadounidense ha provisto la certeza y predictibilidad necesarias para estimular el comercio y la inversión en este país. Debe recordarse que ninguna rama del derecho, ni de la actividad social del hombre, es tan sensible a la predictibilidad jurídica como lo son el comercio y la inversión.

35. *¿Es predecible el derecho estadounidense respecto a las expectativas de comerciantes e inversionistas?* En la opinión de este autor, la respuesta a la pregunta anterior es positiva, aunque sujeta a excepciones y matices, incluyendo la existencia de distintos tipos de certeza jurídica. Los comerciantes e inversionistas extranjeros pueden comerciar e invertir con la confianza de que el derecho estadounidense protegerá al comerciante honesto y de buena fe, tanto en sus relaciones con otros comerciantes como con autoridades gubernamentales estatales y federales.

Por lo general, ni los tribunales ni las autoridades administrativas permiten que prácticas comerciales de mala fe se oculten detrás del formalismo o de las interpretaciones extremadamente técnicas e injustas del derecho. La sustancia de lo sucedido, por lo general, predomina sobre su forma. En este sentido, el derecho estadounidense es predecible respecto a las expectativas razonables y de buena fe de los comerciantes e inversionistas.

Sin embargo, es necesario precisar en qué consisten estas expectativas. Considérense las siguientes preguntas ilustrativas: Si soy un inversionista en el mercado de valores estadounidense, ¿podré comprar acciones o bonos de un corredor profesional con la seguridad de que, a pesar de no haber recibido un certificado que justifique mi tenencia, seré protegido en la misma?; o bien, si soy un acreedor a quien el deudor ofrece pagar la deuda mediante un cheque de caja ¿podré aceptar el cheque sabiendo que el banco pagará en la mayoría de los casos? De igual manera, si pretendo comprar un terreno ¿puedo hacerlo con la seguridad de que, si se presentara algún problema respecto a su titularidad, mi seguro de título de adquisición me indemnizará por pérdidas sufridas debido a la deficiente titularidad asegurada?

### 36. *La certeza transaccional y la judicial*

a) *La certeza transaccional.* Una de las razones por las cuales las transacciones precedentes permiten predecir sus consecuencias jurídicas, es que la certeza involucrada en las preguntas ilustrativas resulta en un gran beneficio para ambas partes. Al fin de cuentas, si el comprador de la acción o bono no puede confiar en los derechos que generalmente se asocian con su tenencia, si se violara tal expectativa, simplemente no los adquiriría y desaparecería así el mercado de valores. Lo mismo sucede con el cheque de caja y con la póliza de seguros. Esta certeza, por tanto, es transaccional en el sentido de que *las expectativas de las partes se cumplen sin necesidad de tener que acudir a los tribunales.*

b) *La certeza judicial y la certeza de los principios de justicia o equidad.* El contexto de esta certeza no es de comunidad sino de contraposición de intereses, a pesar de la comunidad de intereses respecto a determinados aspectos de la contienda. Por tanto, el pronóstico de la disputa es, de por sí, menos cierto.

Existe en el derecho comercial judicial estadounidense certeza en cuanto a la primacía de ciertos principios de justicia o equidad comercial. Este autor ha descrito estos principios como los del “mercado”, “de la hermandad comercial” y del “extraño” o enemigo.<sup>37</sup> La justicia del mercado requiere que

37 Véase, B. Kozolchyk, “Lo justo o lo equitativo en las decisiones judiciales mercanti-

las partes se traten, la una a la otra, en la forma en que participantes regulares en el mercado esperan ser tratados. La justicia de la hermandad comercial requiere que la parte de mayor poder negocial trate a la otra de manera similar a la que un hermano espera ser tratado, es decir, velando por los mejores intereses de la contraparte a pesar de que ello impida el lucro. Este principio no se aplica tan frecuentemente como el de la justicia del mercado. Se aplica, entre otros, a aquellos casos donde una parte le confía a la otra la decisión respecto a su patrimonio o bienes, como en el caso de *uberrima fides* decidido por el magistrado Cardozo. El principio del extraño o enemigo es el de menor aplicación por los tribunales estadounidenses, ya que autoriza a la parte que tenga el mayor poder negocial tratar a la contraparte como un extraño, es decir, sin los deberes impuestos por la justicia del mercado o la hermandad comercial. Siempre y cuando haya acuerdo formal, este principio decreta que el derecho no protege ni a los tontos ni a los desvalidos, en otras palabras: *caveat emptoris*.

La dificultad en la aplicación de estos principios es que ambas partes pueden invocarlos, ya sea directamente o invocar reglas o principios prohijados por los mismos. Por ejemplo, piénsese en un cheque de caja obtenido por el cliente del banco emisor por medio de una estafa: el cliente pagó por la emisión con un cheque de caja que resultó falso. Hay un extenso corpus de jurisprudencia que favorece las posturas de ambas partes. La que favorece al acreedor tenedor del cheque, que invoca su carácter de tercero protegido en un mercado que confía en la expectativa de pago inmediato de un instrumento al que el mercado considera como equivalente al dinero en efectivo. Por otra parte, hay jurisprudencia que favorece al banco emisor con base en la protección que debe ofrecer el mercado a quien se ha vinculado sin verdadera intención, ya que dicha intención se obtuvo por medio de un fraude. Más aún, cuando se toma en cuenta la enorme cantidad de sentencias judiciales, y la complejidad del procedimiento, desafortunadamente gran parte del éxito depende de la habilidad forense de los abogados que representan a las partes, tal y como se discute en el capítulo sobre el proceso civil.<sup>38</sup>

En términos generales, entonces, existe certeza en el derecho judicial estadounidense cuando se trata tanto de la aplicación de principios generales como de la aplicación de casos concretos si ellos corresponden a los hechos

les anglo y latinoamericanas”, cap. 4 en *El derecho comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, México, McGraw Hill, 1997, IV, p. 137.

38 Véase John Molloy, *op. cit.*, §16.

de la contienda en cuestión. La incertidumbre comienza cuando se presentan estos hechos al jurado (en caso de ser un juicio en el que interviene el jurado). Por ello, es muy frecuente que el abogado estadounidense pueda predecir qué es lo que va a decidir el tribunal hasta el punto en que los hechos se someten al jurado, y ello corresponde a la pregunta que frecuentemente se le hace a los abogados litigantes: “¿Puede asegurar que este juicio sobrevivirá una moción para una sentencia sumaria?”<sup>39</sup>

37. *El reto de la creación de un mercado común hemisférico.* El mercado común hemisférico es inevitable. Lo impulsan sistemas económicos compatibles y avances tecnológicos. Los avances tecnológicos en el transporte, sobre todo aéreo, han acortado las distancias y multiplicado las transacciones. Los avances electrónicos y de computación han hecho posible un mercado financiero verdaderamente global e incansable. Este mercado funciona literalmente las 24 horas del día, efectuando ventas de títulos valores y de pagos o ingresos ciertos desde un rincón del globo terráqueo a otro.

Un mercado común, al igual que una zona de libre comercio, exige un alto grado de certidumbre de las promesas, contratos, títulos de crédito, valor o representativos. Al igual que sucedió con Estados Unidos al abrir su comercio interestatal, es menester contar con una vía jurídica continua donde las consecuencias de un contrato, un cheque, un título representativo en el país A lo sea en B, C, etc., no difieran. En este sentido, la uniformidad es el equivalente de un alto grado de certidumbre jurídica.<sup>40</sup>

Hay quien piensa que el *common law* y el derecho de raigambre romanista están en proceso de acercamiento y que la uniformidad o armonización es inevitable. Como se demuestra en éste y otros capítulos, existen demasiadas diferencias entre las respectivas reglas individuales y principios, amén de las diferencias entre ambas culturas jurídicas, como para vaticinar una pronta uniformidad.

Por otra parte, sí existe un acercamiento inevitable en un nivel poco conocido pero sin embargo prometedor. Este acercamiento se está produciendo en el derecho viviente del comercio internacional y está comenzando a permear el derecho interno de los países partícipes en ese comercio. Poco a poco, los comerciantes y abogados en estos países están elaborando compilaciones de usos y costumbres que constituyen las mejores prácticas comerciales o profesionales para las distintas ramas de la industria, el comercio y las

39 *Ibid.*, §45a.

40 Véase B. Kozolchyk, “La vía jurídica continua del TLC”, cap. 2, en *El derecho comercial ante el Libre Comercio y el desarrollo económico*, México, McGraw Hill, 1997, p. 17.

profesiones. Éste es un derecho que se crea desde “abajo”, es decir, desde su práctica cotidiana, por los practicantes de cada transacción y que se configura en las “mejores prácticas” internacionales.<sup>41</sup> Pero también se crea desde “arriba”, con la intervención de abogados especializados cuya función consiste en establecer que los usos y costumbres no violen las leyes o el orden público de los respectivos sistemas jurídicos, que los principios de justicia y equidad del mercado guíen o informen la formalización de los usos y costumbres, y que los conceptos utilizados posean el más alto grado de certeza posible.

Ésta es una labor jurídica en la cual las virtudes del *common law* y del derecho romanista se pueden combinar para lograr el grado de certeza necesario. El *common law* estadounidense ha probado ser el más sensible al acontecer negocial y a los principios de justicia y equidad requeridos para la viabilidad y crecimiento del mercado. El derecho romanista posee un rigor lógico y formal inigualado, reflejado no sólo en su método para definir instituciones jurídicas sino para codificarlas para su uso universal. Ambos grupos de cualidades son esenciales en la labor de uniformidad y armonización que se nos viene encima. Requiere esta labor un ingente esfuerzo de mejor conocimiento de las respectivas instituciones jurídicas y de identificación de las realidades del mercado y en especial de la protección al tercero que estimule su comercio e inversión. A este propósito están dedicados este capítulo y también la obra.

41 *Id.*