

## CAPÍTULO 1

### DOS CULTURAS JURÍDICAS <sup>1</sup>

Friedrich K. JUENGER <sup>2</sup>

SUMARIO: I. *La evolución del derecho romano y del derecho anglosajón.* II. *La codificación.* III. *Las recepciones americanas.* Conclusión.

Nos hemos reunido aquí en la ciudad de México para discutir y comparar varios aspectos de nuestras Constituciones. La comparación presupone un conocimiento de aquello que se va a comparar, y aquí nos enfrentamos no sólo con una barrera idiomática, sino cultural. El profesor Margadant ya ha trazado la evolución y las características del derecho neorromanista y del derecho anglosajón. Yo sólo quiero ampliar las ideas que nuestro colega nos ha presentado de una manera sumamente clara y convincente. Las diferencias entre nuestras culturas jurídicas es un tema pertinente a este Coloquio porque una Constitución es moldeada no sólo por las exigencias políticas de la época; los preconceptos jurídicos de aquellos que la redactan y de aquellos que la interpretan también juegan un papel. Estos preconceptos están arraigados en ideas acerca del derecho que provienen de generaciones anteriores, ideas que parecen tan básicas que las aceptamos como pura verdad. Un diálogo comparatista, sin embargo, exige una actitud más perspicaz y crítica. Entonces, parece apropiado que nos demos cuenta, ante todo, de nuestra herencia jurídica.

#### I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

##### 1. *Del derecho romano al derecho neorromanista*

A pesar de que los juristas angloamericanos nos sentimos orgullosos de nuestra herencia jurídica, así como nuestros colegas latinoamericanos lo están de la suya, comparados con ellos somos “recién llegados”. Puesto que la invasión de Inglaterra bajo la espada de Guillermo el Conquistador marcó su inicio en

<sup>1</sup> Una versión anterior de este artículo fue publicada en *Comparative Law Studies, Legal Systems of the Commonwealth Caribbean States and the Other Members of the Organization of American States*, p. 57 (1986).

<sup>2</sup> Professor of Law, University of California at Davis.

1066, nuestra cultura jurídica tiene poco más de novecientos años de existencia. En cambio, las Doce Tablas fueron promulgadas en el año 450 a.C. Así, el derecho romano ya tiene mil quinientos años de tradición ininterrumpida: era entonces más antiguo en 1066 que lo que es hoy el *common law*. El *Corpus Iuris* de Justiniano fue compilado en 534 d.C. y ya contamos casi otros mil quinientos años desde entonces.

Al principio el derecho romano servía a una pequeña comunidad rural; más tarde tuvo que satisfacer las necesidades jurídicas de todo un imperio. Las Doce Tablas, código más bien primitivo, apenas podía cubrir estas exigencias; el antiguo texto tenía que ser adaptado a nuevas realidades. Esta adaptación estuvo a cargo de generaciones sucesivas de juristas romanos cuyas opiniones se aceptaron como ley. En esa época, el derecho romano se desarrollaba de manera similar a la evolución que tuvo más tarde el derecho anglosajón; ambos sistemas se concentraban en casos concretos, y para su desarrollo y perfeccionamiento se apoyaban en la lenta acreencia de las opiniones jurídicas suplementadas con esporádicos actos legislativos. Hay además otro paralelo: como más tarde los cancilleres ingleses, los pretores romanos enriquecieron el derecho con principios derivados de la equidad.

El *ius civile* cambió de forma recién después de que su cuna fuera arrasada por los bárbaros. Por mandato de Justiniano, un equipo de profesores y abogados griegos compilaron y redactaron el derecho romano en lo que hoy es Turquía. A pesar de que esta comisión puede ser culpada por haber desechado grandes secciones de los escritos anteriores, lo que Triboniano y sus ayudantes pusieron entre las tapas del *Corpus Iuris* estaba destinado a perdurar. Mientras que en Europa Occidental el derecho romano cayó víctima de los bárbaros y fue degradado durante el medievo, el código de Justiniano mantuvo la esencia de la antigua cultura jurídica en una cápsula de tiempo. De esta manera, en el siglo XII, cuando Europa resurgió de la decadencia económica y cultural, el derecho romano ya estaba esperando para servir de fundamento para un nuevo *ius commune* de Europa continental.

Tradicionalmente se le atribuye a Irnerio, un erudito de Bolonia, el haber hecho revivir la letra muerta del *Corpus Iuris*. Quienquiera que haya sido el primero en utilizar los Digestos como material didáctico, discípulos provenientes de todas partes de Europa pronto inundaron esta ciudad, que de esta manera dio origen a la primera universidad europea. El atractivo que para las mentes jóvenes tenía el antiguo Código de Justiniano puede resultar extraño, especialmente si se considera que este libro carecía de la fuerza normativa que, como se cree hoy, sólo un mandato soberano puede conferir. Pero, aparte de la superioridad intrínseca del derecho romano, el *Corpus Iuris* se apoyaba en el prestigio del famoso emperador que había ordenado su compilación. Además estaba escrito en latín, idioma común de la Iglesia, de los

intelectuales y de los administradores de la época. Se creía que revelaba la razón escrita y, junto con su gemelo el derecho canónico, llegó a ser la fuente jurídica universalmente reconocida en la Edad Media y una de las fuerzas más poderosas que influyeron en la formación de la civilización europea. Como dijo Ihering con tanta elocuencia:

Tres veces ha dictado Roma las leyes al mundo, tres veces ha llevado a los pueblos a la unidad; la primera vez, a la unidad política, cuando la nación romana estaba aún en la plenitud de su pujanza; la segunda, a la unidad eclesiástica después del colapso romano; la tercera a la unidad jurídica, la recepción del Derecho Romano en la Edad Media.

¡Qué extraño fenómeno! Una ley muerta que despierta a una nueva vida; una ley escrita en una lengua extranjera, accesible sólo a los eruditos[...] se abre paso alcanzando una rotunda aceptación. Después de medio milenio Roma logró lo que no pudo hacer cuando estaba en la cima de su poderío: re-generar el derecho de pueblos extranjeros; primero tuvo que morir para poder desplegar todo su poder [...]. El Derecho Romano, como el Cristianismo ha pasado a ser un elemento cultural del mundo moderno.

La compilación justiniana sirvió de fuente aparentemente inagotable de soluciones prácticas para una gran variedad de problemas, incluso de los que surgían de las relaciones internacionales. Como foco del debate jurídico europeo, dio lugar a una vasta literatura jurídica. Los estudiantes italianos, así como los que emprendían el arduo viaje a Bolonia desde otras partes de Europa, podían esperar importantes recompensas por sus esfuerzos. Un doctorado *utriusque iuris* prepararía el camino para una carrera exitosa, así como hoy en día el título de *Iuris Doctor* de una *law school* norteamericana puede asegurar una carrera ascendente. Pronto surgieron otras universidades en el norte de Italia, que copiaron los programas de estudio de Bolonia. Numerosos egresados de esas instituciones difundieron los conocimientos adquiridos al sur de los Alpes hasta sus tierras natales, desde España hasta Polonia, abriendo las puertas al derecho romano y promoviendo la fundación de universidades locales inspiradas en los modelos italianos.

El nexo forjado entre el derecho romano y las universidades de la Edad Media no fue accidental. Para adentrarse en el *Corpus Iuris* era necesario utilizar los métodos de análisis gramatical y lógico. ¿Quién podría estar en mejores condiciones de hacerlo que los eruditos? A medida que los glosadores lidiaban con el texto antiguo, el derecho romano comenzó a cambiar de aspecto. Hasta la época imperial fue parecido al derecho anglosajón, una aglomeración de reglas e instituciones basadas en opiniones *ad hoc* y leyes esporádicas, un derecho casuístico hecho por y para prácticos, sin sistemas ni método. Incluso el código de Justiniano, que era más bien una compilación, adolecía de una organización deficiente. Los glosadores, al enseñar en forma

escolástica, comenzaron a eliminar incongruencias, armonizar pasajes discordantes, y a racionalizar, sistematizar y modernizar sus reglas. Los posglosadores continuaron este proceso; yendo más allá del antiguo texto, lo adaptaron audazmente a las necesidades de su época. En manos de estos exegetas, el derecho civil pasó a ser una disciplina académica con metodología y doctrina propias.

Así que en Europa continental los académicos, y no los jueces, llegaron a ser los oráculos del derecho, llenando con sus doctrinas el vacío que existía por falta de una autoridad legislativa o judicial centrales. Como voceros del *ius commune* de Europa, estos eruditos eran muy respetados y consultados frecuentemente por grandes y poderosos; es más, las facultades de derecho a veces actuaban como tribunales de última instancia para decidir asuntos difíciles. Ningún tribunal podía competir con la autoridad de los profesores, quienes, además, podían recurrir a un pasaje del *Codex* que expresamente quitaba a la judicatura el poder de crear derecho a través de una prohibición de basarse en los precedentes (*non exemplis sed legibus iudicandum est*). Persiste todavía la tradición de preferir la doctrina al precedente, como se ve en el estilo abstracto y dogmático de la mayor parte de la literatura y de los fallos judiciales continental-europeos y latinoamericanos. El sistema del dictamen *ex cátedra*, concebido cuando los libros eran todavía escasos, sigue siendo el principal medio de enseñanza. Aún hoy día, los neorromanistas atesoran la pureza doctrinal, la consistencia lógica y el refinamiento conceptual, a veces desatendiendo otros valores jurídicos. A pesar del hecho de que cada suprema corte fue instituída como el árbitro máximo con respecto al derecho de su estado, el dogma de que los fallos judiciales no son “fuentes” de derecho todavía prevalece en muchos neorromanistas. Este dogma choca con la realidad y al mismo tiempo que interfiere con la tarea de los tribunales encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes.

## 2. El derecho anglosajón

A diferencia del derecho neorromanista, que se difundió por toda Europa continental, el derecho anglosajón tuvo las ventajas y desventajas de la insularidad. La geografía es una de las razones por las cuales un pequeño número de jueces ingleses pudo establecer reglas uniformes para todo el reino, complementadas solamente con legislación intersticial, desplazando rápidamente la enorme variedad de costumbres y prácticas locales que regían. Por consiguiente, Inglaterra gozó de unidad jurídica mucho antes de que los demás países europeos llegaran a unificar sus sistemas jurídicos. Sin embargo, el aislamiento jurídico tuvo también sus inconvenientes. Las normas elaboradas por los tribunales

ingleses eran de poco vuelo y daban mayor atención a los aspectos técnicos que a los grandes rasgos; el *common law* era más bien un derecho de abogados y no de filósofos.

En efecto, llegó a ser tan técnico, rígido y formalista que los cancilleres, como “guardianes de la conciencia del Rey”, tuvieron que intervenir para evitar injusticias. Corrigiendo las deficiencias del *common law*, crearon una nueva rama denominada *equity*. La tarea de los cancilleres se vio facilitada por el hecho de que originalmente muchos de ellos habían sido clérigos, y conocían por tanto el derecho canónico y el romano. Estas materias ya podían estudiarse en Oxford (donde enseñó Vacarius) y en Cambridge en el siglo XII, mientras que el *common law* no llegó a enseñarse en las universidades inglesas hasta la época de Blackstone. Gracias a *Doctor and Student*, obra de St. Germain, los principios del derecho canónico se perpetuaron hasta después de la Reforma, en beneficio de las posteriores generaciones de cancilleres, que carecían de formación eclesiástica. De ahí que la *equity* inglesa (sin mencionar el mismo derecho eclesiástico que influía sobre varias ramas del derecho inglés, especialmente sobre el derecho de la familia) tiene una deuda con la tradición jurídica de Europa continental.

Incluso el *common law* recibió ayuda de su hermano mayor. Max Radin suponía que las actividades legislativas de Eduardo I, “el Justiniano Inglés”, pudieron haber sido estimuladas por el ejemplo de su primo y cuñado Alfonso X de Castilla y León, cuyas *Siete Partidas* debía conocer el rey inglés. Por cierto Glanville y Bracton consultaron textos neorromanistas al escribir sus influyentes tratados. Además, dos ramas importantes, el derecho marítimo (*admiralty*) y el comercial (*law merchant*) se habían aprovechado del pensamiento neorromanista. Consultando la *lex mercatoria* europea, los magistrados ingleses concibieron normas e instituciones adecuadas a los casos multinacionales. No es accidental que el derecho marítimo elaborado por tribunales ingleses con base en el método comparativo haya sido incorporado desde entonces a las convenciones internacionales que hoy en día gobiernan los asuntos marítimos del mundo. Aunque la *lex mercatoria* fue posteriormente absorbida por el *common law*, este componente neorromanista enriqueció y ennoblecó al derecho anglosajón. Más aún, el hecho de esta absorción sirvió para fomentar la recepción de otro aporte del pensamiento continental-europeo: haciendo frente a los conflictos de leyes que surgieron al nacionalizarse el derecho mercantil, los jueces ingleses importaron principios neorromanistas como base del derecho internacional privado inglés.

Así, al igual que su idioma, el derecho de Inglaterra contiene elementos germánicos y romanistas, combinación que sirvió para impartirle la flexibilidad y adaptabilidad que lo hacen una de las dos principales culturas jurídicas del mundo. Además, al haberse desarrollado en estrecha colaboración entre los

jueces y abogados de Inglaterra, el derecho anglosajón se caracteriza por un sano pragmatismo, del que a veces carecen los derechos neorromanistas a causa de su tradición académica. Lo que es más importante aún, el prestigio y la independencia de los reales magistrados de Inglaterra fueron elementos que permitieron establecer poderosos resguardos contra la tiranía; y la protección de las libertades individuales se considera, con razón, un atributo fundamental del *common law*.

## II. LA CODIFICACIÓN

Los dos grandes sistemas jurídicos difieren entre sí no sólo por su historia sino también por el hecho de que la gran mayoría de los países neorromanistas han codificado su derecho. La idea codificatoria, de que es posible y conveniente reducir todo el cuerpo jurídico a un solo texto autorizado, es muy antigua, como lo demuestran el *Código de Hammurabi* y las *Doce Tablas*. Esta idea surgió en diferentes épocas y en circunstancias muy variadas. El *Corpus Iuris* de Justiniano pudo beneficiarse de la sabiduría acumulada siglo tras siglo. Pero aun bajo las desfavorables condiciones del medievo se produjeron compilaciones bastante amplias tales como la *Lex Romana Visigotorum* del año 506 y el *Fuero Juzgo*, publicado en 694.

El resurgimiento de la educación jurídica produjo un notable compendio de importancia duradera: las *Siete Partidas*, completadas en el año 1265 bajo el patrocinio de Alfonso X, el Sabio, Rey de Castilla y León. Escritas en castellano por juristas españoles graduados en Bolonia y Salamanca bajo la supervisión del erudito rey, las *Partidas* comprendieron no sólo normas jurídicas sino también reglas sobre materias que iban desde la moral hasta las costumbres, desde la educación de los príncipes y la conducta real hasta el abastecimiento de barcos mercantes. Muchas de sus disposiciones derivaban de los Digestos justinianos, pero los redactores consultaron también el derecho canónico, marítimo y mercantil, así como los fueros que combinaban elementos del derecho romano con instituciones germánicas.

Las *Partidas*, que sirvieron para lograr el propósito político de reformar y unificar el derecho español en plena anarquía feudal, encontraron la oposición de la nobleza y por tanto no fueron promulgadas como ley positiva sino hasta 1348, cuando el *Ordenamiento* de Alcalá les impartió fuerza legal supletoria. Pero ya antes, la obra de Alfonso gozaba de la autoridad intrínseca que le otorgaba su propio mérito. Al igual que el *Código* de Justiniano, fue usada como texto universitario y comentaristas españoles la glosaron en latín. Las *Partidas* fueron escritas en idioma vernáculo, y su calidad literaria contribuyó a reafirmar la supremacía del idioma castellano.

Sin embargo, cuando hablamos hoy de codificación nos referimos a un movimiento más reciente que produjo el código prusiano de 1794, el napoleónico de 1804, el ABGB de Austria de 1811, y que culminó con el BGB de Alemania de 1900 y los códigos suizos de 1907. Estos textos tuvieron el propósito de hacer de la unidad jurídica un símbolo de identidad política, confirmando así el monopolio legislativo del Estado. Al mismo tiempo los códigos simbolizaron la fe de la Ilustración en el racionalismo y en la capacidad del legislador de proyectar soluciones a futuras controversias. Los códigos correspondieron con las ideas del liberalismo y del capitalismo en la medida en que las normas claras y concisas protegerían los derechos de los ciudadanos y salvaguardarían sus negocios.

Este movimiento tuvo gran éxito en los países neorrománistas, los cuales siguieron, con pocas excepciones, el ejemplo de naciones tan importantes como Francia y Alemania. Incluso países de habla inglesa consideraron seriamente la codificación. Pero la ardorosa defensa de Jeremías Bentham y de David Dudley Field tuvo sólo éxito parcial, quizá debido a que el *common law* tenía raíces históricas demasiado profundas como para permitir la ruptura con el pasado que la codificación inevitablemente implica. Más aún, el derecho anglosajón nunca ha sido sistematizado ni conceptualizado al mismo nivel que los derechos neorrománistas, cuya calidad académica facilitó la tarea del codificador.

El movimiento codificador resultó un beneficio a medias. Al no suscribirse al mismo los países del *common law* conservaron no sólo su continuidad histórica sino también el carácter supranacional del derecho compartido por los países de habla inglesa, mientras que los derechos neorrománistas perdieron la unidad que prevalecía en Europa cuando el derecho romano se consideraba como *ius commune* y su idioma propio, el latín, era la lengua universal. Sin duda, los países continental-europeos pagaron un precio al nacionalizar sus leyes. Por otra parte, aunque los códigos rompieron viejos lazos, también crearon nuevos vínculos al servir éstos como modelos para las legislaturas de otros países. Familias de códigos han evolucionado, de las cuales la más grande es la del *Code civil* francés. Como dijo Napoleón en su exilio en Santa Helena:

Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias [...] Pero lo que nunca podrá borrarse, lo que vivirá para siempre, es mi Código Civil.

Indudablemente el Código Napoleón vive, no sólo en Francia, sino también en las Américas.

### III. LAS RECEPCIONES AMERICANAS

#### 1. América Latina

La historia de la recepción latinoamericana del derecho neorromanista comenzó con una serie de cédulas, órdenes, ordenanzas y decretos que la Corona española dio a sus posesiones de ultramar a partir del año 1503. En 1680, Carlos II promulgó los nueve libros de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*, por medio de los cuales trató de compilar y armonizar las diversas disposiciones y leyes anteriores. A fin de llenar lagunas, las Leyes de Indias estipularon que a falta de disposiciones específicas, se aplicarían en las colonias las leyes de Castilla. Dado que estas leyes incluían las *Siete Partidas*, el código de Alfonso pasó a ser el *ius commune* de Hispanoamérica. El resto del derecho colonial español consistía en una acumulación desordenada de disposiciones confusas y contradictorias, promulgadas a menudo con indiferencia hacia las necesidades del Nuevo Mundo. Estaban compiladas sin ton ni son y no se aplicaban fielmente en las colonias, donde las bibliotecas y los juristas eran escasos, las comunicaciones difíciles y la administración dejaba mucho que desear. Tal desorden y confusión sirvieron para darle a las *Partidas* aún más autoridad en América que la que tenían en España.

El derecho que ofrecieron los portugueses a sus posesiones americanas no fue mucho mejor que el que recibieron las colonias españolas. En 1603, Felipe II de Portugal (Felipe III de España) promulgó las *Ordenações Filipinas*, una colección desordenada de leyes portuguesas que incluían las *Siete Partidas*. Esta compilación se aplicaba en las colonias, y en Brasil se mantuvo vigente durante más de trescientos años, porque a pesar de que Portugal adoptó un código civil en 1867, la antigua colonia demoró su codificación hasta 1917. La explicación de tal retraso fue tal vez la *Lei da Boa Razão*, promulgada por Portugal en 1769 en el espíritu de la Ilustración y del derecho natural. Esta ley disponía que las lagunas que hubiera en las *Ordenações* podían ser llenadas con reglas basadas en el “buen juicio del hombre”, incluso aquellas que “por consentimiento unánime establecen el derecho de gentes para la dirección y gobierno de todas las naciones civilizadas [. . .]”.

La *Lei da Boa Razão* confería a los tribunales amplias facultades discrecionales para efectuar la equidad, ya que el laberinto de las *Ordenações* tenía muchas lagunas. Esta ley progresista no sólo dirigió a los jueces hacia el sentido común, sino que promovía también la investigación comparativa. Teniendo a su disposición esta ley, los juristas brasileños bien podían posponer la codificación.

La mayoría de los demás países latinoamericanos codificaron su derecho en el siglo XIX. Reconocieron la necesidad de modernizar sus difusas leyes basa-



das en concepciones medievales, al mismo tiempo que la independencia exigía códigos que sirvieran como símbolos de la identidad nacional. Como miembros de la comunidad neorromanista era muy natural que los juristas latinoamericanos consultaran modelos europeos al emprender la formidable tarea de reconstituir sus leyes. Sin embargo, pocos recurrieron al derecho de la madre patria, porque aparte de la aversión de los ex-colonos por el país colonizador, España no promulgó su código civil sino hasta 1889. Por ende, sólo aquellas jurisdicciones donde la codificación llegó más tarde (Cuba, Honduras, Panamá y Puerto Rico) adoptaron versiones modificadas del código civil español.

Para la mayoría de las nuevas naciones independientes fue el Código Napoleón el que sirvió como fuente de inspiración, y con buenas razones para ello. Durante el siglo XIX, la cultura francesa gozaba de una indiscutible reputación entre los intelectuales latinoamericanos. Además, el Código de Napoleón era moderno y racional; su lenguaje y estilo siendo simples y elegantes podían ser fácilmente traducidos a otros idiomas romances. El Código Civil francés también tenía un cierto atractivo político ya que consolidaba las conquistas de una gran revolución cuyos ideales tenían afinidad con los de los movimientos independentistas de América Latina. Más aún, la filosofía del liberalismo que éste reflejaba estaba de acuerdo con el espíritu de la época. Por último, las disposiciones del *Code civil* representaban una mezcla de elementos romanos y germánicos familiar para los juristas conocedores de las *Siete Partidas*; por consiguiente, la adopción del modelo francés no requería una ruptura con la tradición jurídica.

A pesar de haber influido en la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos, el Código de Napoleón no fue recibido a ciegas. Sólo unos cuantos países (Haití, Bolivia y la República Dominicana) se contentaron con simples traducciones o el original francés. No obstante la admiración que merecía, el modelo francés fue críticamente examinado y evaluado por eminentes codificadores latinoamericanos que produjeron los códigos chileno y argentino y el proyecto brasileño de 1865. La independencia del modelo europeo se ha ido acentuando con el tiempo. Por ejemplo, el Código Civil del Distrito Federal y de los Territorios de México, introducido después de la Revolución de 1917, claramente aportó ideas originales. Sin embargo, es justo decir que en su pensamiento jurídico América Latina ha sido fiel a la herencia del derecho neorromanista.

## 2. Estados Unidos

Por su parte, los Estados Unidos son miembros fieles del club del *common law*. Esta permanente lealtad hacia el derecho de su madre patria fue menos predecible que la recepción del derecho neorromanista en América Latina. Se

podría pensar que un derecho no codificado, disperso entre innumerables volúmenes de jurisprudencia no sería fácil de trasladar desde su propio terreno, especialmente en una época en que los libros eran todavía escasos. Más aún, Inglaterra nunca dictó la masiva legislación que España y Portugal dieron a sus colonias. Además, de acuerdo con sus cartas constitutivas, los colonos gozaron de una gran medida de autogobierno. En 1636 la Asamblea General de Massachusetts adoptó una resolución que ordenó a las autoridades “redactar un proyecto de ley que se conformara con la Palabra de Dios” y exhortó a los jueces a oír y determinar los fallos “de acuerdo con las leyes actualmente vigentes y, cuando no haya ley, acercarse lo más posible a la ley de Dios”. Por tanto, ha sido la Biblia más bien que el derecho inglés, la que inicialmente sirvió de principal fuente jurídica a esa importante colonia. En todo caso, antes de 1700 la mayoría de los magistrados norteamericanos carecían de formación jurídica, y como legos no eran capaces de comprender las sutilezas de las reglas y principios elaborados por los tribunales ingleses. A veces los colonos miraban dichos refinamientos con abierto desdén. Se cuenta que un juez norteamericano instruyó al jurado, diciéndole: “Hagan justicia entre las partes, no según los subterfugios jurídicos que se encuentran en Coke o Blackstone —libros que nunca he leído y que jamás leeré— sino según el sentido común que existe de hombre a hombre”.

Sin embargo, los estrechos lazos personales, culturales y comerciales que había con Inglaterra, así como el hecho de que los colonos constituyeran una población relativamente homogénea cuyo idioma común era el inglés, facilitaron la recepción definitiva del derecho anglosajón. Este proceso fue fomentado por abogados ingleses que emigraron hacia las colonias, y los colonos que se formaron en los colegios de abogados (*Inns of Court*) de Londres. La recepción también contó con apoyo popular, dado que los colonos veían al *common law* como una valiosa fuente de derechos individuales. Pero incluso antes de la Revolución se sostenía, tanto en Inglaterra como en Norteamérica, que el derecho inglés podía aplicarse en las colonias sólo en cuanto fuese apropiado a las condiciones prevalecientes en éstas. Como dijo Joseph Story:

No debe considerarse que el *common law* de Inglaterra será en todos sus aspectos el de Norteamérica. Nuestros antepasados trajeron con ellos los principios generales de este derecho y los defendieron como patrimonio propio; pero trajeron y adoptaron sólo aquellas partes que eran aplicables a sus propias circunstancias.

Después de la revolución, este principio de recepción selectiva fue incorporado al derecho de los Estados por la jurisprudencia, por leyes o disposiciones constitucionales. La adopción de este principio tuvo una consecuencia importante: dado que cada Estado reclamaba la libertad de incorporar o re-

bada por los estados así como a las divergentes interpretaciones que cada corte estatal daba a las normas del *common law*.

Como se ve, la recepción del derecho inglés en los Estados Unidos no fue uniforme. Sin embargo, aunque cada uno fue libre de modificar las normas de *common law* que había heredado, los Estados de la Unión Norteamericana sí comparten una tradición jurídica común que ha llegado incluso hasta Luisiana. El razonamiento jurídico de un abogado estadounidense se asemeja más al pensamiento de un *barrister* o *solicitor* inglés que al de un abogado o notario europeo o latinoamericano. No obstante, hay un *mos americanus* que nos separa de nuestros hermanos ingleses. Nuestros juristas están más acostumbrados a cuestionar las reglas establecidas y los jueces aplican el principio de *stare decisis* en forma más flexible que sus colegas ingleses. A los norteamericanos les gusta experimentar y nuestro sistema federal les proporciona, en palabras del magistrado Brandeis, un verdadero laboratorio jurídico donde pueden poner a prueba las nuevas ideas que surgen. Por eso, el *common law* norteamericano es más fluido, maleable y abierto, al contrario que el de su madre patria. En parte, estas cualidades se deben a la forma en que se enseña el derecho en los Estados Unidos.

La educación jurídica que imparten las *law schools* de los Estados Unidos es semejante a la de la Europa continental de la Edad Media en que no está orientada hacia el derecho positivo de un estado u otro. Más bien, enseñamos un derecho común derivado de las leyes y jurisprudencia de todas las jurisdicciones norteamericanas. Este método común de enseñanza, cuyo símbolo es el *casebook*, proporciona tanto cohesión como flexibilidad. Jack Weinstein, distinguido profesor y juez federal, señaló que los factores que otorgan unidad jurídica en los Estados Unidos son

un sistema jurídico Angloamericano con raíces comunes y un método de enseñanza fuertemente integrado en las *law schools* [. . .] Los *casebooks* nacionales y la fungibilidad de los materiales de enseñanza, por ejemplo, tienen una fuerte influencia unificadora, lo que hace posible que los abogados sean entrenados en una parte del país y se trasladen a otra para ejercer su profesión. Eso permite organizar exámenes nacionales para abogados y el desarrollo de una barra nacional, a pesar de que los abogados son habilitados en diferentes estados. En consecuencia, los que hacen las leyes como los que las aplican tienden a utilizar principios y enfoques nacionales.

chazar cualquier parte del derecho inglés, las leyes de diversos Estados divergían entre sí. Estas diferencias aumentaron más aún debido a la legislación apro-

Finalmente, los Estados Unidos han desempeñado un papel más importante que Inglaterra en la codificación. Los comentarios de Blackstone, que llegaron a ser aún más populares en los Estados Unidos que en la madre patria y que facilitaron la recepción del derecho inglés, demostraron la posibilidad de orde-

nar el *common law* en forma sistemática. Redactando constituciones nacionales y estatales, los estadounidenses guiaron al mundo en la codificación del derecho público. No es, por tanto, sorprendente que la codificación del derecho privado haya sido defendida no sólo en Luisiana, con tradición neorromanista, sino también en los demás estados. Aunque la oferta de Bentham de codificar el derecho norteamericano no fue aceptada por ningún estado (a pesar de que Pensilvania estuvo tentada de hacerlo), David Dudley Field, sobresaliente jurista norteamericano, redactó varios códigos, de los cuales el civil fue efectivamente aprobado por algunos estados, como California. Sin embargo, en general el método casuístico del *common law* se había arraigado ya demasiado en los Estados Unidos como para ceder, excepto en el campo del procedimiento civil, donde los esfuerzos de Field contribuyeron a que el derecho norteamericano eliminara prácticas arcaicas antes de que se adoptaran reformas similares en Inglaterra. Más recientemente, hemos logrado redactar un *Uniform Commercial Code*, y los *Restatements* del *American Law Institute*, indica también que la sistematización no es extraña al pensamiento jurídico norteamericano.

### CONCLUSIÓN

El contraste entre la evolución del derecho neorromanista y la del *common law* sugiere que nuestras culturas jurídicas difieren en muchos aspectos. Estas diferencias, profundamente arraigadas, son perceptibles en todas las ramas del derecho, incluso el derecho constitucional. Por ejemplo: mientras los tribunales ingleses han tratado las disputas con el gobierno no como asuntos de Estado sino de derecho común, los neorromanistas todavía consideran de gran importancia la distinción —como lo marcó el código de Justiniano— entre derecho público y derecho privado. Asimismo, mientras el principio de *stare decisis* asegura a los precedentes la calidad de derecho, algunos países neorromanistas todavía niegan efecto *erga omnes* a los fallos de la Suprema Corte, lo que causa graves dificultades en cuanto a un efectivo control constitucional.

El sondeo de las tradiciones jurídicas tiende a acentuar las diferencias más que a resaltar los valores compartidos. Sin embargo, mi breve resumen sugiere que tales diferencias no son insuperables. Ningún país tiene el monopolio del pensamiento jurídico y las ideas se trasladan, como se observa en el hecho de que una ley concebida a orillas del Tiber llegara hasta las riberas del Amazonas y del Mississippi, y en el hecho de que la Carta Magna que el rey Juan tuvo que conceder en las praderas de Runnymede en 1215, siga sirviendo de base para el derecho constitucional de los Estados Unidos. Para citar, otra vez, al gran Ihering: “nadie tomaría de países lejanos lo que tiene

en casa igual o mejor, pero sólo un necio rechazaría la quinina porque esta no ha crecido en su huertita”.

Si la historia del derecho tiene algún valor, es el de demostrar la importancia de los esfuerzos comparativos, que nos ayudan a tender puentes entre las culturas jurídicas y nos liberan de la tarea de descubrir la pólvora nuevamente.