

CAPÍTULO 2

DIÁLOGO ENTRE JURISTAS DE ANGLOAMÉRICA Y LATINOAMÉRICA

Guillermo Floris MARGADANT S.*

Aunque este seminario gire alrededor del derecho constitucional, los organizadores me han pedido que, en esta primera ponencia, hable en forma general sobre las posibilidades de diálogo entre juristas que trabajan dentro del sistema anglosajón, y los que trabajamos en uno de los sistemas neorromanistas.

Pensando en este encargo, recordé cómo, esta primavera, en la Universidad de Texas, estuve presente en una conferencia, dada por una jurista española —¡muy española!— especialista en alto nivel del derecho laboral de su país; una brillante mujer de la elite, elegante, precisa, agresiva y divertidamente arrogante. Dio una conferencia sobre “La mujer en el sistema laboral español”, y hablaba sobre las resistencias patronales de otorgar a la mujer una oportunidad razonable y sobre la necesidad de reservar a la mujer en materia de contratación laboral, ciertos porcentajes mínimos obligatorios.

En la discusión posterior una profesora estadounidense le preguntaba si, en relación con esta proposición, se había dado cuenta de los problemas que habían surgido en Estados Unidos, al respecto, en relación con la llamada *reverse discrimination*, estudiada por la Suprema Corte de Washington en el famoso caso Bakke y en el caso Weber; sentencias sonadas que habían dado lugar a una discusión polifacética sobre este tema, inclusive a un penetrante análisis por el filósofo del derecho Dworkin.

A mitad de la traducción por la intérprete, la jurista española interrumpió aquel acertado enriquecimiento del tema, declarando que “En España no nos interesa el derecho norteamericano; pertenece a otro sistema, allí todo es demasiado distinto”, y nos dio una pequeña lección de derecho comparado —tipo *kindergarden*—, sobre la distinción entre derecho neorromanista, claro, lógico y legislado, y aquel laberíntico derecho anglosajón, que brinca de sentencia a sentencia, con que un jurista continental no quiere perder el tiempo.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Después de este pequeño incidente, muy comentado, mis colegas tejanos se quejaron de que, en sus viajes por Europa continental, tantas veces habían encontrado esta injustificada falta de interés por las discusiones jurídicas norteamericanas, aunque a menudo éstas hubieran podido enriquecer considerablemente la argumentación —y la fantasía jurídica— de los especialistas del “otro sistema”.

Permítanme un momento resumir de dónde vienen las diferencias entre los dos grandes sistemas jurídicos que dominan actualmente el campo jurídico en las tres Américas.

El sistema anglosajón, de base germánica, ha sido desarrollado desde la segunda mitad del siglo XI mediante un sistema forense bastante unificado por la Corte monárquica, y con ayuda de un gremio fuerte de juristas prácticos, que no entregaron la enseñanza jurídica a las universidades, sino que la guardaron en sus propias manos. Aunque inicialmente hubo algo de impacto iusromanista en su terminología y sistematización, aquel gremio de juristas logró evitar una verdadera “recepción del derecho romano”.

Cuando el sistema comenzaba a cuajar, se introdujo, para guardarlo flexible, un segundo sistema, creado y manejado por la Cancillería del Rey, de lo cual nació aquella dicotomía del tradicional *common law* y de la *equity*. El sistema jurídico resultante, aunque dual por la coexistencia entre estas dos ramas, era unitario en el sentido de no distinguir entre derecho público y derecho privado, y también por el hecho de incorporar en la época barroca el derecho mercantil, o sea el *law merchant* en la rama del *common law*, con lo cual se evitaba aquella dicotomía entre derecho civil y mercantil que observamos en el sistema neorromanista.

Sin embargo, concomitantemente se desarrolló una legislación unificada que emanaba de la Corona, con lo cual entra de nuevo cierto dualismo en aquel complejo sistema. El resultado es: *common law/equity* como conjunto dual, viviendo en precaria armonía con *statutes*.

Los jueces del *common law*, dentro de aquel sistema, siempre trataron de afirmar sus tradiciones, aun en contra del poder monárquico,¹ y con esto se convirtieron en baluarte de ciertos derechos individuales. En su labor se fijaron mucho más en precedentes judiciales (*stare decisis*) que en dogmas y conceptos; y la presencia de jurados populares, al lado de los jueces, ayudaron a preservar un ambiente adogmático, de realismo social, en las labores de la justicia. Además, la costumbre de desarrollar ciertos aspectos del derecho de sentencia a sentencia, no de enmienda legislativa a enmienda legislativa, favorece la actualización del derecho, su pronto ajuste a cambios de la sensibili-

¹ Los jueces de la rama de *equity* dependientes de la Cancillería, desde luego no pudieron oponerse tan eficazmente al poder monárquico.

dad jurídica, y los defensores de este sistema alaban el carácter más humanitario —inclusive a veces simpáticamente humorístico— del sistema anglosajón

En cambio, el sistema neorromanista tuvo una base justiniana, firmemente apoyada por los emperadores, pero no siempre por los reyes. La corriente transnacional de reinterpretaciones de dogmas e instituciones del derecho romano-bizantino se desarrolló, también desde el siglo XI, dentro de universidades, y el resultado fue alcanzado, no tanto por jueces sino más bien por juristas académicos, viviendo entre conceptos y dogmas más bien que entre precedentes judiciales.

Este sistema tomó en serio la dicotomía romana clásica de derecho público y privado, y delante de este dualismo, los esfuerzos de aquellos juristas universitarios se concentraron más bien en el *derecho privado* (al que perteneció el procesal-civil, según la tradición romanista) al cual añadieron el derecho penal (estudiado, con intensidad considerablemente menor, en sus aspectos sustantivo y procesal).

Estos juristas dejaron el derecho administrativo casi totalmente fuera de su consideración, de manera que éste, para su aspecto procesal, luego tuvo que recurrir a instituciones justicieras *sui generis*.

Paralelamente con la de derecho privado y derecho público, se dio pronto otra dicotomía: la de derecho civil y derecho mercantil, cuando los gremios de mercaderes conquistaron el privilegio: *a)* de establecer sus propios órganos jurisdiccionales, y *b)* de crear sus normas particulares —procesales y sustantivas—.

Otra dicotomía, menos absoluta, fue la de derecho romano (reinterpretado) y derecho canónico, dos corrientes que llegaron a cierta fusión que llamamos *ius commune*. Fue este *ius commune*, más bien que el “derecho romano”,² el que finalmente entró como un ingrediente entre varios, en las codificaciones.

Contrariamente al poder central, relativamente fuerte, que en parte por la condición insular, pudo desarrollarse en Inglaterra, concomitantemente, se desarrolló una legislación, que, contrariamente a la inglesa, fue muy dispersa, de territorio a territorio, en cuyos huecos y en cuya interpretación entraba el *ius commune*.

Desde el Renacimiento uno puede distinguir entre varias corrientes geográficas en cuanto a la reinterpretación del derecho justiniano y en cuanto a su mezcla con elementos de legislación o costumbre regional. El carácter transnacional del *ius commune* en gran parte subsiste, pero ya comienza a ceder ante ciertos regionalismos.

² Un término que, de todos modos, debe interpretarse como un derecho justiniano severamente reinterpretado: véase mi *La segunda vida del derecho romano*, México, 1966.

Luego, a partir de mediados del siglo XVIII, país por país, el resultado fue codificado (a menudo en ambiente algo innovador, casi revolucionario), en cuanto a las ramas del derecho civil,³ mercantil, procesal y penal. A pesar de cierto “aire de familia” entre código y código, el panorama neorromanista de ningún modo presentaba la unidad del derecho anglosajón, aunque dentro de cada país, desde luego, la codificación aportó unidad.

Los jueces, en este sistema, eran mucho menos audaces y creativos,⁴ y la defensa de derechos fundamentales en contra del poder monárquico (como en Inglaterra) no era precisamente su obsesión. Menos que en precedentes, en su labor se guiaron por doctrinas académicamente aceptadas. Inclusive encontramos que en casos difíciles pidieron dictámenes a facultades de derecho (*Aktenversendung*).

Aunque, a raíz de la Revolución Francesa, el jurado popular entró en varios derechos neorromanistas, Latinoamérica no tuvo resultados muy recomendables con este sistema, de manera que en la actualidad el jurado popular, *Petit Jury* o *Grand Jury*, queda reducido a un mínimo casi imperceptible.

El derecho administrativo por lo pronto se quedó fuera de la corriente codificadora, y el importante tema de su lugar dentro del sistema justiciero ha sido objeto de mucha experimentación.

Por las aventuras de la colonización, estos dos sistemas se han arraigado en nuestras tres Américas, y el principiante siempre piensa, como todavía aquella doctora española, que estos sistemas son tan distintos, que sólo por curiosidad, y en ratos de ocio, algunos de los que vivimos dentro del uno, podríamos ocuparnos eventualmente de lo que sucede dentro del otro.

Un prejuicio absurdo, desde luego.

Veamos un momento, en forma sistemática, dónde residieron originalmente, y dónde residen ahora, las grandes diferencias.

Por ocuparse las universidades antiguas de Europa continental principalmente del derecho *civil*, surgió la tradición —indebida— de basar la clasificación de los sistemas jurídicos en el espíritu de las instituciones del *derecho privado*, donde, efectivamente, hay visibles diferencias entre el mundo latinoamericano y el anglosajón.

También con el criterio del *método de crear el derecho* —acento sobre el *legislador y dogma*, o acento sobre el *juez y precedentes*—, veríamos una clara separación entre Angolamérica y Latinoamérica.

³ Aquí utilizo el término “civil” en su sentido estricto: el derecho de personas y de familia, derechos reales, derecho obligacional y sucesorio, no en el sentido amplio en el que figura en la doctrina de *common law vs. civil law*.

⁴ Así, Montesquieu (que él mismo era juez pudo definir a los jueces, graciosa y absurdamente, como “la boca inanimada que pronuncia las palabras de la Ley [...]”).

Sin embargo, estos dos criterios de división nos sugieren una separación exagerada entre el derecho angloamericano⁵ y los derechos latinoamericanos, y si tomáramos por criterio, por ejemplo, el derecho *constitucional*, el mapa iuscomparatista del planeta se vería muy distinto, y entonces uno notaría mucho más unidad entre las tres Américas, a causa de la fuente de inspiración común que ha sido la Constitución norteamericana de 1787.

También si tomáramos como criterio el *derecho mercantil*, las tres Américas quedarían más unificadas que en caso de aplicar aquellos dos criterios tradicionales, del derecho civil y del método de crear el derecho.

Pasemos un momento por los niveles habituales de los sistemas jurídicos, pasando desde derecho público hasta el privado, para ver dónde se encuentran las grandes diferencias entre el sistema latinoamericano y el angloamericano.

En materia *constitucional*, desde luego, encontramos fuentes comunes en ciertos autores doctrinarios (Montesquieu —con su separación de los tres poderes—: Voltaire —padre de la separación entre Iglesia y Estado y de la tolerancia religiosa— Rousseau —autor poliinterpretable que dio lugar a ideas como de la soberanía popular, o de la “voluntad general” del pueblo (*whatever that means*)—, pero también en ciertas páginas de periodismo inspirado, como los *Federalist Papers*, desde luego en la Constitución norteamericana de 1787, y en ciertos productos legislativos de la Revolución Francesa. En todo esto hallamos una amplia plataforma común, y hay frases enteras en nuestra Constitución actual que son casi idénticas a frases de la Constitución norteamericana; además, por ejemplo, en los votos del famoso Vallarta encontramos muchas referencias a opiniones interpretativas de John Marshall.

En el derecho *administrativo* no hay oposición esencial entre los dos sistemas. Allí se trata de contestaciones prácticas a problemas que surgen de la vida de todos los días, y en materia de legislación ecológica o impositiva, donde encontramos una problemática más o menos semejante, allí también podemos aprender los unos de los otros. Por otra parte, la diferencia entre “Primer Mundo” y “Tercer Mundo” a menudo resulta ser un obstáculo importante para que en Latinoamérica aprovechemos la experiencia respectiva norteamericana.

Y la justicia administrativa, que en el sistema neorromanista por tanto tiempo había recibido un tratamiento extrajudicial —pensemos en el *Conseil d'État français*— ya está entrando, cada vez más frecuentemente, bajo el techo del Poder Judicial ordinario, como en el sistema anglosajón.

⁵ Quizás debería hablar aquí de “derechos angloamericanos”, ya que el derecho de la Canadá anglófona es distinto del norteamericano, y dentro de los Estados Unidos, por debajo del nivel del derecho federal y de muchos temas ya uniformados, hallamos grandes diferencias entre los derechos de los diversos estados de la Federación.

En materia *penal*, los problemas son esencialmente idénticos (una vez más, tomando en cuenta la diferencia entre el Primer y el Tercer Mundo), y allí, el peso de la tradición iusromanista no viene a obstaculizar la discusión, ya que el derecho penal es una materia esencialmente de formación reciente, que arranca desde mediados del siglo XVIII.

Inclusive en materia penitenciaria, mucho podemos aprender los unos de los otros.

En materia *forense* sí encontramos grandes diferencias —pensemos en los jurados populares,⁶ o recordemos instituciones tan especiales como el *contempt of court*—, pero en el *judicial review* hallamos algo que en el mundo jurídico latinoamericano tiene figuras hermanas.

Además, en muchos otros aspectos procesales el estudio de experimentos y logros norteamericanos (pensemos en *class actions*, o el *pretrial system*, y diversos *alternative dispute settlement systems*) es ahora para nosotros una necesidad práctica, para estimular la evolución de nuestras propias instituciones procesales, ya que el problema básico entre ambos sistemas es común, y además cada vez más urgente: alcanzar una mayor rapidez de la justicia, sin arriesgar su calidad.

Una materia que en el mundo anglosajón recibe mucha atención en la enseñanza jurídica, es la de *ética forense* —materia mucho más técnica de lo que un jurista neorromanista quizás esperaría—, y creo que sería útil para nosotros enterarnos más intensivamente de la interesante literatura respectiva, y, de paso, en México, nos conviene conocer mejor la literatura sobre las Barras, que en los Estados Unidos juegan un papel tan importante, y —según creo— fundamentalmente beneficioso.

En cuanto al derecho *internacional público*, evidentemente, la diferencia entre ambos sistemas no constituye obstáculo para la discusión académica y práctica.

Y ahora le toca su turno a la materia del *conflicto de sistemas jurídicos*, parte medular del mal llamado “derecho internacional privado”, de escasa base romanista. En México, el correspondiente *Restatement* norteamericano y la tan interesante doctrina que nuestros vecinos han desarrollado, pueden ayudarnos para seguir en el largo camino que hemos iniciado en enero de este año, para modernizar esta rama del derecho, que por demasiado tiempo

⁶ Por otra parte, como ya apuntamos arriba, estos jurados ya no son típicos del mundo anglosajón: en México conservamos el jurado para delitos de prensa, y fuera de Latinoamérica los encontramos en el mundo neorromanista en forma relativamente floreciente (Francia, Alemania).

se había estancado en el nivel anticuado de los cuatro famosos artículos del Código Civil distrital.⁷

Así, recurriendo al *derecho público*, encontramos que la dicotomía entre derecho anglosajón y derecho neorromanista no forma ningún obstáculo para un vivo intercambio de ideas y de prácticas.

En el *derecho social* la cosa es distinta, pero no por las diferencias jurídicas entre los dos sistemas, sino por la diferencia sociológica y económica que existe entre el Primer Mundo y el Tercer Mundo. Aunque en muchos detalles podemos aprender algo, los unos de los otros, a grandes rasgos el derecho laboral y agrario de México se desarrolla en un mundo político y social muy distinto de lo que observamos en los Estados Unidos. En otras ramas del derecho social, empero, como es la protección del consumidor, la comparación quizás podrá dar resultados prácticos.

Pasemos hacia el *derecho privado*.

En el derecho *civil*, originalmente la diferencia entre *common law* y *equity* por un lado, y el *ius commune*, del continente, por otro, pareció ser enorme, pero en la actualidad las diferencias ya no son como entre fuego y agua, y en los últimos tiempos observamos varias infiltraciones recíprocas: adopción, *unjust enrichment*, *homestead*, etcétera.

En ambos sistemas la materia del derecho de *familia* se encuentra ahora en plena fluidez, en plena experimentación, a cuyo respecto mucho podemos aprender los unos de los otros; en cambio, en el campo de las *obligaciones* y su fuente principal, los *contratos*, ya existe más estabilidad, y allí observamos tanto sentido común, inducido por una vida social semejante en ambos sistemas, que las diferencias son reducidas y generalmente muy conciliables (pensemos en los conceptos de causa y de *consideration*; en la mayoría de los casos, por estos caminos distintos podemos llegar al mismo resultado).

Por otra parte, en materia de *sucesiones*⁸ y de derechos *inmobiliarios*, allí sí, uno encuentra grandes diferencias.

En el aspecto *mercantil* de los dos sistemas existe mucho más coincidencia que diferencia (aunque para el abogado siempre es importante fijarse en las diferencias entre la *corporation* y la sociedad anónima; otro ejemplo de media identidad es el del trust y del fideicomiso, que a pesar de ser hermanos, tienen rasgos discrepantes).

⁷ En otros ordenamientos jurídicos mexicanos, más especializados, hallamos a menudo normas más matizadas y modernas, al respecto, pero como punto de partida general, aquellos artículos 12, 13, 14 y 15 de dicho Código Civil ya necesitaban urgentemente el refrescamiento que recibieron al comienzo del presente año.

⁸ En esta rama del derecho, empero, el hecho de que México ha abandonado el camino común neorromanista de la *portio legitima* nos acerca al sistema anglosajón de la libertad testamentaria.

En nuestro derecho neorromanista, aquel sistema jurídico mercantil, que se formó originalmente fuera del gran palacio oficial del derecho, ya está uniéndose más íntimamente al derecho civil, aunque subsisten *procedimientos* especiales para asuntos mercantiles, es raro encontrar en el mundo neorromanista todavía *tribunales* particulares para asuntos mercantiles, y la *creación* de las normas respectivas ya no depende de los gremios de mercaderes, sino que obedece al sistema común y corriente legislativa. Suiza inclusive ya dio el ejemplo de un sistema único civil-mercantil. Así, aquel mundo, originalmente tan separado del derecho mercantil, ya va incorporándose en el sistema jurídico ordinario, con lo cual el derecho neoromanista se acerca más al mundo anglosajón, también desde este ángulo.

En esta materia, una creciente plataforma común también se debe a los intentos *planetarios* de aportar más unidad.

Así, pasando por las diferentes ramas de nuestros dos sistemas jurídicos, no encontramos grandes obstáculos para el diálogo.

Observemos, además, en relación con el tema de la convergencia entre los dos sistemas, que la doctrina neorromanista ya expresa cada vez más dudas sobre la utilidad de la antigua distinción entre derecho público y derecho privado, y que la dicotomía original entre *common law* y *equity* ya se ha disipado casi totalmente.⁹

Sin embargo, queda una gran diferencia: en cuanto a nuestros métodos de crear las normas, encontramos la tantas veces alegada diferencia de que el derecho anglosajón sea *judge-made*, mientras que el nuestro tiene una carácter predominantemente legislado.

Efectivamente, basta ver una buena biblioteca jurídica norteamericana, con todos sus reportes de sentencias, para reconocer que aquí estamos en presencia de una importante diferencia; pero no olvidemos que todo sistema jurídico es un dúo, cantado entre juez y legislador. La diferencia señalada es importante, pero tampoco como entre negro y blanco, existe, desde luego, una amplia legislación norteamericana, inclusive con códigos, mientras que de nuestro lado, un abogado que no supiera encontrar jurisprudencia local o federal, definida o en vía de definirse, sería un peligro para sus clientes.

Finalmente, ¿qué diremos de las materias de *cultura jurídica general* en ambos sistemas?

La *filosofía del derecho* no conoce localismos, y veo con satisfacción que amigos míos, como Pérez Carrillo, en sus escritos ya se refieren frecuentemente a magníficos autores como Rawls o Dworkin.

La *sociología del derecho* norteamericana, desde luego, como todo lo que es sociología, florece en el país de nuestros vecinos en diversas corrientes y

⁹ Inglaterra, en 1878 (*Judicature Act*) unificó las dos corrientes tradicionales.

con fascinadores experimentos prácticos, que pueden inspirarnos para dar algo de vida a esta materia, todavía demasiado libresca en nuestro medio.

En cuanto a la *historia del derecho*: el enfoque norteamericano, desde luego, apunta en gran parte hacia otro pasado, aunque en materia de historia *universal* del derecho, mi reciente correspondencia con el profesor Funk, de Indiana, me ha mostrado que tenemos muchos problemas y anhelos en común.

Además, Merryman, Harold Berman, Radding y otros hacen importantes contribuciones a nuestra visión sobre la *historia de los derechos continentales*.

Grandes *romanistas* como David Daube o Allan Watson se han incorporado en la vida académica norteamericana, y la *historia del derecho canónico* cuenta con muchos representantes (pensemos en Kuttner, y sus múltiples alumnos) y las contribuciones norteamericanas a la *historia del derecho indiano* son llamativas, especialmente en materias que a veces surgen allí en la litigación, como los derechos sobre aguas (Michael C. Meyer, de Arizona; William B. Taylor; Hans Baade y varios otros).

Y, finalmente, en la *biblioteconomía e informática jurídica*, dos ramas que florecen en los Estados Unidos, es verdad que mucho es de escasa importancia práctica para nosotros, en vista de la necesidad que tienen nuestros colegas norteamericanos de hacer frente a los aludes de casos judiciales, pero en estas dos ramas también existe una plataforma común de temas básicos que debemos seguir explorando.

Por lo tanto, no debemos dejarnos espantar por el fantasma de una fatal dicotomía entre los derechos angloamericanos y latinoamericanos, viéndolos como dos sistemas extremos que nunca pudieran darse la mano. Al contrario, existe una creciente plataforma común, y seguramente pasaremos unos días muy interesantes, discutiendo temas que todos sentimos más o menos de la misma manera.