

EN TORNO A UN LIBRO SOBRE EL DERECHO NORTE-AMERICANO

La traducción al castellano del libro de André y Suzanne Tunc *Le Droit des Etats Unis d'Amérique. Sources et technique* (1) suple la ausencia en nuestra bibliografía sobre derecho anglosajón (2) de un estudio general sobre el derecho norteamericano. Ha merecido el elogio unánime de la crítica en Europa y América, habiendo sido galardonada por la *Académie des Sciences Morales et Politiques* de París y por la *American Association for the Comparative Study of Law*.

Como señala el profesor Kurt H. Nadelmann en su prólogo a la edición mejicana, este trabajo remedia la necesidad de poner al alcance de los juristas continentales una guía para la exploración de la *terra incognita*

(1) André TUNC y Suzanne TUNC: *El Derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Imprenta Universitaria, México, D. F., 1967.

Como se desprende de la comparación de los subtítulos del original y de la traducción, a ésta se ha añadido un estudio del Poder judicial, que figura en el segundo tomo de la obra de dichos autores: *Le Système Constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, I Histoire Constitutionnelle, II Le Système Actuel*. En otros lugares, el original ha sido parcialmente modificado.

(2) Damos, a continuación, una lista de algunas de las más interesantes publicaciones en lengua española sobre el tema del Derecho anglosajón:

Edward JENKS: *El Derecho Inglés*, trad. por José Paniagua Porras, Madrid, Ed. Reus, 1930.

Arthur CURRI: *Manual de Derecho Mercantil Inglés*, trad. por José María Ruiz Salas, Madrid, Ed. Reus, 1931.

Ronald RUBINSTEIN: *Iniciación al Derecho Inglés*, trad. por Enrique Jardí, Barcelona, Ed. Bosch, 1956. El título original de esta obra es *John Citizen and the Law*, Londres, Pelican Books, s. d.

Gustav RADBRUCH: *El Espíritu del Derecho Inglés*, trad. por Fernando Vela, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1967.

René DAVID: *Tratado del Derecho Civil Comparado*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, trad. por Javier Osset; prólogo de A. Hernández Gil.

José PUIG BRUTAU: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Ed. Bosch, Barcelona, s. d.

José PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho comparado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1961.

Jerome FRANK: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el «Common Law». Algunas reflexiones sobre el Derecho «comparado» y «contrastado»*, traducción y comentario de José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1967.

L. J. LOWING: *Una introducción a la lógica jurídica*, traducción y prólogo por José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1964.

Roscoe POUND: *El espíritu del «Common Law»*, trad. por José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, s. d.

Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, 1962. Se trata de un libro-symposium en el que se reúnen trabajos de Cairns, Hall, Cowan, Kekelis, Frank, Patterson, Chroust, Kelsen y otros.

Antonio QUINTANO RIPOLLÉS: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, R. G. L. J., 1962, págs. 377 y sigs.

Felipe DE SOLÁ CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado*, con un prefacio de R. David. Instituto de Derecho Comparado del C. S. I. C. Barcelona, 1964.

del derecho estadounidense. «Tenemos ya aquí—dice—una introducción básica y comprensiva, que rebasa el calificativo de elemental».

La actual indiscutida preponderancia política de los Estados Unidos presta al conocimiento de su derecho un alto interés práctico. Pero aún es mayor, si cabe, su importancia teórica, porque como este libro muestra cumplidamente, el derecho de los Estados Unidos ocupa una singular posición intermedia en la bipartición clásica de la cultura jurídica de la civilización occidental, *case law*—derecho codificado.

La observación del paralelismo existente entre el derecho romano y el derecho anglosajón (3) ha producido inestimables frutos científicos, sin que se hayan agotado las posibilidades implícitas en semejante actitud.

Nos parece que la relación actualmente existente entre el derecho norteamericano y el derecho inglés es semejante a la que existió entre los derechos continentales antes de su codificación y el derecho romano. *Mutatis mutandis*, el trasplante y adopción del *common law* inglés en Norteamérica, equivale a la recepción del derecho romano en los países de Europa continental. El *Restatement of the Law* cumple una misión análoga a la del Digesto y demás fuentes clásicas con todas sus reelaboraciones posteriores; uno y otras son sistematizaciones de los *prudentes* operadas sobre las soluciones de la casuística judicial.

El derecho romano y el *common law* constituyen el fondo sobre el que se proyectan, respectivamente, el Derecho Real de los países continentales y el derecho legislado de los Estados Unidos. El mismo sentido político de afirmación nacional late en uno y otro.

Una misión análoga a la desempeñada en nuestra área jurídica como precedentes de la codificación por las grandes leyes orgánicas u ordenanzas, cumplen en los Estados Unidos sus leyes uniformes; unas y otras se redactan con la misma técnica de codificación parcial. Para que el paralelo sea aún más exacto, todo hace suponer que también en Estados Unidos como entre nosotros el Código de Comercio será el heraldo de la codificación civil.

El tono apresurado y conjetural de estas afirmaciones no puede desvirtuar el hecho indiscutible de que el derecho estadounidense va abandonando la técnica de *case law* y adoptando paulatinamente la de derecho legislado. Sobre las vicisitudes de este tránsito ilustra sabiamente el valioso libro de André y Suzanne Tunc.

La versión española de Javier Elola Fernández es buena en conjunto, pero no exenta del defecto de emplear vocablos de más que dudosa ortodoxia, tales como vecinaje, expeditar, profesionistas, sondeos, etc. También es de lamentar la escasez y desacierto selectivo de la bibliografía en lengua española, que defrauda las esperanzas que al lector sugiere la expresión de agradecimiento de los autores al traductor por haber adicionado su obra con referencias a la literatura jurídica castellana sobre los temas tratados.

El plan general de la obra es el siguiente: una Introducción y tres Partes, cuyas rúbricas son: El Poder Judicial en la Nación y en los Estados; Las Fuentes Reales y las Técnicas; Las Fuentes Formales; una Conclusión y,

(3) Cfr. por todos FIGUEROA: *La Jurisprudencia...*, cit. págs. 87 y sigs.

finalmente, un extenso Apéndice de bibliografía cuidadosamente ordenada por materias y los habituales índices alfabético y sistemático.

«La razón principal de la dificultad del derecho de los Estados Unidos reside realmente en el hecho de que «el derecho de los Estados Unidos» es una simple expresión geográfica... Cada uno de los cuarenta y ocho Estados posee un derecho propio aplicado por un sistema judicial, en principio, independiente» (pág. 14). A ellos se superpone el derecho federal, que no obstante su superior jerarquía, no realiza la unidad del orden jurídico. La estructura federal de los Estados Unidos impone al estudioso de su derecho la constante consideración de dos planos distintos aunque relacionados, el federal y el de los Estados. Al desarrollo de estas ideas y a la sucinta exposición de una teoría de las fuentes se consagra la parte introductoria.

La primera parte, el Poder Judicial en la Nación y en los Estados ha sido tomada del precedente estudio de los autores sobre el sistema constitucional norteamericano. En ella se estudian sucesivamente las jurisdicciones federales, las jurisdicciones estatales, y los intrincados problemas que suscita la aplicación del derecho federal por las jurisdicciones de los Estados y del derecho de los Estados por las jurisdicciones federales y las de los otros Estados. La claridad expositiva lograda en esta materia es particularmente elogiabile si se tiene en cuenta lo abigarrado y asimétrico de la organización jurisdiccional norteamericana y la consiguiente dificultad de sistematizar los criterios que rigen la distribución de competencia. Revisten especial interés las páginas consagradas a la historia y organización de la Suprema Corte y a subrayar la importancia de su poder político, desde Tocqueville tantas veces destacado. Las jurisdicciones estatales suscitan la crítica en cuanto al bajo nivel del personal que las sirve, sobre todo en los escalones inferiores, como consecuencia de ser el sufragio universal el sistema más generalizado de reclutamiento de dicho personal.

La segunda parte, Las Fuentes Reales y las Técnicas, concentra el mayor interés del libro. En ella se estudia el *common law*, el derecho legislado (fuentes imperativas) y la doctrina (fuente persuasiva). Exponer el *common law* tal como funciona en los Estados Unidos exige un conocimiento previo de su formación y evolución en Inglaterra, que los autores suministran al lector en una acertada síntesis de los trabajos más autorizados sobre el particular (4), y de su posterior trasplante a Norteamérica. Este se operó de la forma más sencilla, ya que es un principio de *common law* que las gentes de habla inglesa «transportan» su derecho con ellas cuando se instalan sobre un territorio en el que ningún derecho civilizado está en vigor, en la medida en que aquél es aplicable a las nuevas condiciones. Esta reserva hace que el *common law* importado a América por los colonos ingleses se aplique con radical simplificación. Además hay que tener en cuenta la presencia de otros derechos junto al inglés en los orígenes del período colonial, principalmente sueco y holandés, y la circunstancia de que muchos establecimientos fundados por minorías religiosas rechazan el derecho inglés para basar sus relaciones sociales únicamente sobre los principios de la religión respec-

(4) Aquí, como en otros lugares, se echa de menos la referencia al interesante libro de FUG BRITAU citado en nota anterior.

tiva o el derecho natural. Por otra parte, la incomunicación de las Colonias fragmenta el derecho inglés y es dudosa la aplicación en las mismas de las leyes y decisiones judiciales metropolitanas posteriores a su establecimiento. Sin embargo, evolutivamente se va imponiendo el *common law*, como lo demuestra, el hecho de que después de la independencia los Estados «adoptan» el derecho inglés. Pero esta adopción no se hace en forma absolutamente general ni uniforme. En casi todos los Estados se habían formado costumbres locales que subsisten; en algunos se mantienen instituciones recibidas de otros derechos, como la comunidad matrimonial de bienes del derecho español que conservan Texas, Arizona, Nuevo Méjico y California y se extiende a algunos otros; y, finalmente, todos establecen la reserva de que las reglas del derecho inglés para ser aplicables han de ser adecuadas a las condiciones de vida americanas.

La interesante excepción del Estado de Luisiana a la adopción general del *common law* se estudia por los autores con alguna atención, despertando en el lector español el natural deseo de un conocimiento más profundo de la cuestión (5). Al cederse el territorio a los Estados Unidos (1803), su población adicta al derecho español que hasta entonces la había regido se opuso con éxito a la pretensión gubernamental de introducir el *common law*; en 1808 se redacta por primera vez su Código de esencial influencia francesa que persiste en la nueva redacción de 1825 y en la definitiva de 1870, siempre interpretables sobre un fondo de derecho español (6). Como dicen los autores «lo que resulta verdaderamente admirable y demuestra hasta que punto un derecho codificado puede ser vivaz y satisfactorio para los que lo aplican es que el derecho de Louisiana se haya mantenido aislado como una paradoja dentro de una nación de *common law*, a despecho de todas las corrientes comerciales que lo ligan a los demás Estados y de todas las influencias que se ejercen sobre él de una manera constante» (pág. 199).

A raíz de la independencia se extiende por el país un movimiento ideológico, preluñado por la actitud de los primeros colonos, de repudio hacia las instituciones inglesas y en particular su *common law*. Se critica su excesiva tecnicidad y complicación, la dificultad de su aplicación por jueces populares, y se pide su sustitución por códigos en nombre del ideal republicano, tendencia favorecida por la gran influencia de Bentham que le había preconizado y por el prestigio de la reciente codificación francesa. Esta hostilidad al *common law* cesa casi completamente a fines del primer tercio del siglo XIX, gracias a la autoridad alcanzada por los escritos doctrinales de Kent y Story, comparable a la de Blackstone en Inglaterra. El servicio que estos autores prestan al derecho norteamericano es considerable: sus

(5) Sobre el Derecho de Luisiana, cfr. PUIG BRUYAU: *La Jurisprudencia...*, cit., págs. 149 y sigs., y la bibliografía en ellas citada. Casi toda ella se ha publicado en la *Tulane Law Review*.

(6) Sobre el tema de la sustitución del Derecho español por el francés en el momento de la codificación, pueden consultarse dos trabajos de MITCHELL FRANKLIN: *The Place of Thomas Jefferson in the Expulsion of Spanish Medieval Law from Louisiana*, vol. 16, págs. 319 y sigs.; *The Eighteenth Brumaire in Louisiana: Talleyrand and the Spanish Medieval Legal System of 1806*, vol. 16, págs. 514 y sigs., ambos en la *Tulane Law Review*.

obras presentan el *common law* como la razón escrita (7) y constituyen un baluarte contra su desintegración completa entre los diversos Estados. La idea de la codificación sigue reclutando entusiastas adhesiones, como lo demuestra la activa campaña de David Dudley Field, pero ya no se trata de rechazar el *common law* para adoptar el derecho continental, sino de incorporar la técnica legislativa codificando lo que en la época era el derecho norteamericano.

Después del estudio histórico a cuyos hitos culminantes nos hemos referido, los autores exponen una teoría del *common law* en general y del americano en particular, ilustrada con una sagaz comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés. Como ha dicho Roscoe Pound, el *common law* puede ser definido bajo tres aspectos diversos: como sistema o conjunto de reglas, como tradición en la técnica de solución de los conflictos mediante la aplicación de los principios extraídos de la experiencia judicial, y como actitud del espíritu o, mejor, como su resultado (8). Es *communis opinio* que descansa sobre tres principios fundamentales: la vinculación al precedente judicial, la intervención del jurado para resolver sobre los puntos de hecho del litigio, y la supremacía del derecho—*rule of law*—o sujeción de todas las personas físicas o jurídicas, de derecho público o de derecho privado (9), a las mismas normas y a los mismos tribunales. Los tres principios se inspiran en la misma idea de proteger celosamente la libertad individual contra el arbitrio del legislador o del juez, pero aunque el *common law* ha conservado éste su sentido político antiabsolutista, es evidente que los tres principios no han sobrevivido sin modificaciones. Es un hecho que el papel del jurado ha disminuído considerablemente en Inglaterra (10) y el del precedente en los Estados Unidos, y nadie duda que la tajante oposición entre el *rule of law* y el régimen administrativo continental ha cedido el paso a una creciente aproximación del primero al segundo (11).

En vista de la naturaleza judicial del *common law*, tal es la posición adoptada por los autores en la vieja controversia sobre su carácter consuetudinario o judicial, denunciando el bizantinismo argumental de la tesis con-

(7) Una prueba más del paralelismo tantas veces destacado entre el Derecho romano y el inglés. Cfr. RADBRUCH: *El espíritu del Derecho inglés*, cit., pág. 16.

(8) Sobre la varia significación de la expresión *Common Law*, cfr. RADBRUCH, op. cit., pág. 40.

(9) «Mientras en el Continente, conforme a la doctrina del Derecho romano, se diferencian rigurosamente el Derecho público y el privado, y, así separados, son mantenidos, éste por los tribunales, aquél por la Administración y los tribunales administrativos, la *Common Law* inglesa ha quedado ajena a esta diferenciación y separación. En definitiva, las disputas en ambas esferas del derecho se someten a los tribunales ordinarios, y los conceptos de Derecho administrativo y su administración nunca se han abierto, por completo, paso en el Derecho inglés.» RADBRUCH, op. cit., pág. 44.

(10) Jerome FRANK, en *La influencia del Derecho Europeo Continental en el «Common Law»*, cit., pág. 40, da cuenta de la crisis del principio del jurado en Inglaterra y crítica su permanencia en los Estados Unidos. Muy expresivamente, dice en la pág. 91: «También Inglaterra casi se ha desprendido de esa nativa «enfermedad del jurado» (*jury-disease*), mientras nosotros todavía la padecemos».

(11) Un amplio estudio de esta cuestión en GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 80 y sigs., con la bibliografía allí citada.

traría (12), es pieza fundamental de su mecanismo la autoridad del precedente. Se exponen las diversas teorías emitidas acerca de la cuestión y se estudia la autoridad que de hecho goza el precedente en la práctica de los tribunales americanos, procediendo luego a una comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés sobre este punto. La teoría clásica del *stare decisis* tal como la formuló el Canciller Kent es la siguiente: «Una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio se convierte en una regla jurídica que los jueces deben aplicar en los casos semejantes...». Kent explica la autoridad del precedente por razones imperativas—la necesidad de certidumbre y estabilidad del derecho—, que son casi de naturaleza constitucional—la imposibilidad de que el juez legisle—y que no permiten desconocerlo más que por «razones extremadamente imperiosas».

Posteriormente se han formulado otras dos. La teoría «evolutiva» de Chamberlain afirma que el grado de autoridad del precedente «depende necesariamente de su concordancia con el espíritu moderno, de su correspondencia con el derecho actual», la doctrina del precedente posee «...una autoridad intelectual y moral más que una fuerza mecánica y automática». Más revolucionaria es la teoría «radical» propugnada por el Justice Holmes que reduce el precedente al papel de un simple elemento de la decisión que debe ser considerado al igual que los otros; como dice el Justice Cardozo «*stare decisis* es un elemento importante de la decisión, pero está lejos de ser el único elemento». Tan radical actitud ha suscitado una reacción en defensa de la regla tradicional por parte del Decano Pound, de cuyos escritos se desprende que una adecuada estimación de la autoridad del precedente es la mejor garantía del deseado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En resumen, el estado actual de la cuestión en la doctrina es el siguiente: todos los autores afirman que la regla *stare decisis* expresa una actitud muy sabia que es conveniente adoptar normalmente, pero no es un principio riguroso que sometería los tribunales al pasado. En cuanto a la autoridad que de hecho goza el precedente, es decir, la actitud de los tribunales americanos respecto a la regla *stare decisis*, es incuestionable su debilitamiento. Las afirmaciones de los autores sobre el particular son categóricas: «...que el precedente no goza actualmente más que de una mediana autoridad, probablemente inferior a la que goza en Francia, es un hecho establecido por múltiples comprobaciones, «... de hecho el precedente aislado disfruta sólo de una autoridad bastante débil» (pág. 282 y ss.). Sin embargo, en algunas materias—propiedad, contratos, comercio en general, *trust* y derecho penal—la regla *stare decisis* es particularmente respetada. Como causas de

(12) La conocida frase de LLEWELYN «lo que los jueces deciden, eso es, a mi modo de ver, el propio derecho» es muy expresiva del extremo judicialismo de la actual filosofía jurídica americana. Cfr. QUINTANO RIBOLLES, op. cit., págs. 377 y sigs. A mayor abundamiento, con un argumento histórico, RADERICHE, op. cit., pág. 40: «La *Cote-Law* inglesa se llama *Common Law*. Quiere decir «Derecho común», porque después de la invasión normanda los jueces de los tribunales reales que recorrían el país, prevalecieron sobre las costumbres especiales de las distintas partes del territorio, y con tal éxito que, a diferencia del Derecho común del Continente, no rigió tan sólo como auxiliar, como subsidiario tras las costumbres del país, sino con preferencia sobre el derecho consuetudinario local».

la débil autoridad del precedente en el *common law* americano se citan y analizan entre otras, las siguientes: la regla *stare decisis* estaba en curso de desarrollo y fué antes de su madurez cuando se adoptó con el *common law* sobre el suelo de Norteamérica; la inaplicabilidad de muchas decisiones inglesas a las condiciones sociales americanas; la escasa tecnicidad de los jueces y abogados durante el período colonial, en gran parte subsistente por el criterio político que inspira el reclutamiento de la magistratura y la hostilidad pública y doctrinal hacia un derecho técnico; el hecho de que el derecho de cada Estado sea comparado constantemente con el derecho de los demás Estados con la consecuencia de que los tribunales adoptan una visión estadística de los precedentes, tendencia ésta favorecida por el ingente número de los mismos; el abuso de los *dissents* y *separate opinions* que reducen la fuerza como precedente de estas decisiones tomadas por tribunales divididos; la acusada inestabilidad económica y social de los Estados Unidos hasta tiempos muy recientes; y, finalmente, los cambios frecuentemente espectaculares de la Suprema Corte en materia constitucional, que han inducido a todos los tribunales a no tener a los precedentes más que un mediano respeto.

Comparando los derechos americano, inglés y francés en lo relativo a la autoridad del precedente, el profesor Goodhart ha dicho que el *common law* americano ha adquirido una verdadera autonomía, todavía está más cerca del *common law* inglés que del derecho francés, pero evoluciona evidentemente hacia éste (13). Los señores Tunc, profundizando en este estudio comparativo, llegan a las siguientes conclusiones: La principal fuente jurídica en Francia es la ley, en Inglaterra y en Estados Unidos las decisiones judiciales. El juez americano disfruta de amplia libertad respecto a las normas jurídicas, no así sus colegas inglés y francés. Una decisión aislada de la jurisdicción suprema sólo tiene plena autoridad en Inglaterra, su autoridad meramente de hecho, es menor en Francia (14) y aún menor en los Estados Unidos. En Inglaterra no pueden ser rechazadas las reglas establecidas por los precedentes, en Francia y en Estados Unidos sí.

Sobre las firmes bases hasta aquí reseñadas construyen los autores una teoría general del *common law* americano. Sus caracteres generales son los siguientes: fragmentación por Estados—no obstante el actual predominio de las fuerzas centripetas de unificación que ha sucedido al que en el siglo XIX tuvieron las centrifugas de diversificación, la unidad en un *common law* nacional sólo podría realizarse mediante una reforma constitucional—; fundamento empírico (atribuible con mayor razón al *common law* americano que al inglés, pues éste reconociendo para lo sucesivo la autoridad de un precedente aislado, fija la regla de derecho sobre un problema nuevo con la ayuda de una experiencia, y una experiencia puede ser opuesta legítimamente a la experiencia); flexibilidad e inmutabilidad, conciliales desde

(13) ARTHUR GOODHART: *Case Law in England and America*, Cornell Law Quarterly, vol. 15, págs. 173 y sigs.

(14) Sobre este punto, puede consultarse con fruto el último capítulo del libro tantas veces citado de PIERRE BRITAT: *La Jurisprudencia...*, especialmente las págs. 233 y sigs.

Blackstone—vide infra—mediante la ficción de que las nuevas sentencias son meramente declarativas de la recta aplicación de reglas preexistentes, no creadoras de reglas nuevas; ausencia de lagunas; gran realismo—el empleo de ficciones tan frecuente en el derecho inglés (15) es muy excepcional en el americano—; y, finalmente, eclecticismo o aptitud para aprovechar elementos de toda clase con objeto de llegar a una solución satisfactoria.

Como elementos de la decisión, aparte los precedentes y la doctrina que merecen estudio separado, se citan los siguientes: la razón—invocada para gobernar la interpretación de los precedentes—, la historia, las consideraciones sociales y políticas, las decisiones y las leyes que no tienen fuerza imperativa—las de otros Estados y las inglesas—, y, finalmente, la lógica, que aunque en lugar subordinado por la desconfianza que inspira a los *common-lawyers*, hostiles a los principios generales, nadie osa negar sus valores por más prudencia que recomiende en su empleo.

Aunque incidentalmente, no podemos silenciar la crítica desfavorable que a nuestra concepción iusnaturalista sugieren algunas afirmaciones de los autores. Así cuando refiriéndose al realismo del *common law* americano, se dice en la pág. 326: «Los juristas marxistas reprochan a los juristas burgueses el idealizar el derecho, haciendo de él un sistema por sí mismo. La subordinación del derecho a la política, les parece, no sólo un hecho sino una situación deseable. Su reproche, en lo que concierne al jurista francés, lo estimamos parcialmente fundado. Satisfecha en muchos aspectos de un derecho heredado de los romanos, tiene la tendencia—actitud que, entiéndase bien, no nos parece desprovista de méritos, pero que presenta también inconvenientes—a idealizar ese derecho, a darle un valor trascendente, aun cuando sabe que el derecho sirve para establecer un determinado orden social». Más claramente, al comentar el valor de la razón como elemento de la decisión, en la página 331: «Sin duda (la razón) se halla algo pasada de moda, como el derecho natural, con el cual se relaciona».

Estas afirmaciones inducen a pensar que los señores Tunc olvidan que no son los Estados Unidos una excepción en el universal movimiento de «vuelta al Derecho Natural», patente sobre todo después de la segunda guerra mundial. A este propósito son especialmente significativas estas palabras de Quintano Ripollés: «En Norteamérica... si bien es constatable un claro positivismo filosófico, la crisis del jurídico se hace sentir quizá todavía con más vigor que en Europa» (16). Como dice Puig Brutau, citando a Llewellyn, el Derecho Natural ha de manifestarse, no sólo como ideal del legislador, sino del juez; y sigue diciendo nuestro especialista de derecho anglosajón, «al nivel de la decisión de los casos concretos, el Derecho Natural se ha manifestado a nuestro juicio, en algunos aspectos del realismo jurídico...» «...el Derecho Natural manifiesta toda su fertilidad donde los conceptos jurídicos son más maleables, esto es, en el derecho del caso... No debe, pues, extrañar la semejanza entre el Derecho Natural y el *legal realism*: ambos consideran que el Derecho positivo es algo presente y poten-

(15) PUIG BRUTAU, op. cit., en la nota anterior, págs. 159 y sigs.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 386.

cial, pero que ha de ser continuamente contrastado y revisado para que los nuevos hechos y los cambios de circunstancia no dejen desvirtuado el valor de los principios generales» (17).

En un sistema de derecho judicial el correlato de la teoría del conflicto de leyes en el tiempo es lo que los autores llaman con terminología francesa, teoría de los cambios de jurisprudencia. La escasa autoridad de los precedentes en los Estados Unidos eleva al máximo el interés de la cuestión, y la vieja pretensión de coonestar los caracteres de inmutabilidad y flexibilidad del *common law* la complican extraordinariamente. El principio rector en esta materia es el mismo que formulara Blackstone: careciendo el juez de poder legislativo, lo declarado por él no puede expresar más que la regla de derecho existente desde los orígenes del *common law*, que temporalmente había sido desconocida o erróneamente interpretada por las sentencias anteriores contrarias. En consecuencia, «la nueva expresión de la norma de derecho» —que en realidad es una norma nueva— se aplica inmediatamente no sólo a las partes de la sentencia, sino también a los terceros en sus actos celebrados y derechos adquiridos al amparo de la antigua norma. Este principio claramente atentatorio a las exigencias de la seguridad jurídica, ha sido enervado por una excepción de impreciso y creciente alcance. Primero se dijo que los cambios de jurisprudencia relativos a la interpretación de leyes en materia contractual no podrían tener alcance retroactivo; la excepción se extendió luego a los cambios concernientes a la validez constitucional de una ley; finalmente numerosas sentencias afirman que deben ser protegidos contra los cambios de jurisprudencia todos los derechos adquiridos «desde el momento en que las partes hayan fundado legítimamente sus estipulaciones o acciones en la regla de derecho que prevalecía en aquella época, sin distinguir si la regla nueva es legislativa o de *common law*» (Cardozo). Aunque esta actitud es la más generalizada en los tribunales, no todos la adoptan, lo que plantea el problema aún no resuelto de decidir sobre el carácter obligatorio o facultativo de la aludida excepción. Excepción que algunos tribunales, desde 1891, han utilizado para impedir la aplicación inmediata de la regla que declaran no sólo a los terceros sino a las mismas partes del litigio que la nueva sentencia falla. La doctrina norteamericana está muy dividida en el juicio sobre esta actitud; unos la aplauden sin reservas y otros afirman que reduce la sentencia a un simple *obiter dictum* sin valor vinculante a'guno ni actual ni futuro como precedente. Como afirman los señores Tunc, es la actitud propia de un legislador no de un juez y resulta tan detestable en teoría como recomendable en la práctica. Nos ha parecido útil exponer a continuación el planteamiento de esta ardua cuestión hecho por Puig Brutau, cuyos son los párrafos que se reproducen: «No debe extrañar que los agloamericanos hablen de revocación de sentencias para referirse, no a la resolución que con fuerza de cosa juzgada ha sido dictada en determinado litigio, sino al criterio en ella sustentado y que, sin la revo-

(17) PUIG BRUTAU, en el Prólogo a su traducción de L. J. LOYINGER, op. cit., págs. 18 y 19. Una ojeada a las referencias bibliográficas contenidas en dichas páginas es la mejor prueba de la pujanza del movimiento iusnaturalista norteamericano.

Cfr., además, SILVING, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California Law Review 43, 1955, págs. 477-512.

cación de su valor como precedente, sería aplicable al caso nuevamente sometido a decisión. Por ello se han planteado los juristas del *common law* el problema de la fuerza retroactiva que podría brotar de esta «legislación judicial». En 1932, el juez Cardozo se mostró partidario de adoptar una solución propuesta por Wigmore, en el sentido de aplicar al caso la regla de Derecho que resulte de un modo indudable de los precedentes judiciales y, al mismo tiempo, cuando el Tribunal estime que la regla debe ser cambiada, anunciar o formular la advertencia de que, a pesar de su aplicación, queda revocada en lo sucesivo como precedente. En el mismo año, el Tribunal Supremo federal norteamericano adoptó el punto de vista que acabamos de exponer... No cabe duda que esta especial técnica deja sin resolver muchas dificultades. Pero revela una convicción que impera entre los más penetrantes juristas del *common law* acerca del poder de creación inherente a la función judicial, pues, en definitiva, tratan de proteger la confianza de las partes interesadas en el Derecho que estaba proclamado al ocurrir los hechos objeto del litigio» (18). Pekelis explica que no se haya discutido antes el problema de la fuerza retroactiva del *case law* por la vigencia indiscutida de la ficción blackstoniana de que los jueces encontraban las reglas jurídicas ya constituidas y se limitaban a declararlas y aplicarlas. Ha sido la eficaz crítica del movimiento realista a esta actitud, donosamente ridiculizada por Morris R. Cohen cuando la llama *phonograph theory of law*, la que ha suscitado la cuestión (19).

La sección dedicada al estudio del *common law* americano concluye con un balance comparativo de sus virtudes y defectos con referencia al *common law* inglés y al derecho francés. Geldart y Goodhart han destacado como virtud del *common law* inglés la certidumbre de sus soluciones, pero Bryce, Allen y otros denuncian la presencia del vicio contrario. En cambio, unánimemente, los autores americanos deploran la incertidumbre de su *common law*. Acertadamente observan los señores Tunc que dicha incertidumbre no es debida a la disminución del respeto al precedente—que, de suyo, incluso podría dar más certidumbre a un sistema de *case law*—, sino al «realismo» que no busca las reglas mejores, sino en cada caso la mejor solución sin preocuparse de las reglas. Diversamente el derecho codificado no tiene la tara de incertidumbre, y resulta altamente significativo que sea precisamente en las materias en que nuestros sistemas jurídicos han sido infieles a su propia técnica donde se acusa dicho defecto: así en las materias en que al margen del Código ha proliferado una legislación especial ocasional y reglamentaria, y en materia de responsabilidad cuasi-delictual que se ha elaborado con la técnica del derecho judicial.

En cuanto a la respectiva capacidad de progreso y perfeccionamiento de los tres sistemas considerados, resulta claro que el inglés lleva la peor parte. Los propios juristas ingleses—Amos, Wrigth, Goodhart—reconocen

(18) FRIG BRITAY, en el Prólogo citado en la nota anterior, págs. 23 y 24.

(19) ALEXANDER PEKELIS: *The Case for a Jurisprudence of Welfare*, incluido en el volumen *Law and Social Action*, Itaca & Nueva York, 1950, págs. 24-25 MORRIS R. COHEN: *The Process of Judicial Legislation*, incluido en el volumen *Law and the Social Order*, Nueva York, 1933, págs. 112 y sigs., especialmente nota 86. en la página 380. Ambos citados por FRIG BRITAY en el prólogo a que venimos refiriéndonos, págs. 25 y 26.

que su derecho abunda en arcaísmos a causa de la tiranía de los precedentes. Ha sido necesaria la creación en 1933 del *Law Revision Committee* para obtener por vía legislativa el necesario progreso jurídico que la técnica del *common law* hacía imposible. Como dice Federico de Castro, «la falta de agilidad del sistema de *case law* es causa de la progresiva disminución de la *common law* y del crecimiento a su costa del derecho legislado» (20). Por su parte, el *common law* de los Estados Unidos se ha mostrado más susceptible de perfeccionamiento gracias a la liberalización de la regla *stare decisis* y a la acción del *American Law Institute*, que como agudamente señalan los autores, se hace a diferencia de la del *Law Revision Committee* sin renegar de la técnica del *common law*, puesto que la autoridad de esa «codificación privada» que es el *Restatement* es puramente persuasiva. Con algunas reservas puede admitirse y extenderse a los sistemas codificados, en general, la opinión de los señores Tunc de que «desde el punto de vista francés el perfeccionamiento del derecho parece plantear muy pocos problemas». En todo caso, con menor optimismo puede decirse que la existencia en los Códigos de algunos conceptos que actúan como «válvulas de seguridad» facilita la evolución progresiva del derecho. Resumiendo sus conclusiones sobre este punto afirman los autores: «El derecho se perfecciona y se adapta más fácilmente cuando se funda en principios generales relativamente flexibles, ya sean legislativos o deducidos de precedentes judiciales considerados en su conjunto, que en un sistema en el que cada precedente se impone rigurosamente como si fuera una ley particular» (pág. 365). Cuestión distinta de la del perfeccionamiento gradual del derecho es la de su adaptación a las circunstancias modernas y su posibilidad de solucionar los problemas creados por las actuales condiciones sociales y económicas. En este punto los tres sistemas considerados se han mostrado incapaces de permanecer fieles a su técnica para realizar esa adaptación a los cambios sociales, y tanto en Inglaterra y Estados Unidos como en Francia, al derecho permanente se sobrepone una legislación especial de carácter casuístico, cambiante y por ello inasimilable al sistema. La mala fortuna de los artículos bis de nuestro Código es un ejemplo altamente significativo de este fenómeno general.

Por cuanto son comunes al *common law* inglés y americano con variable intensidad los defectos de falta de lógica y sistema, excesivo volumen y complejidad, no parece dudoso afirmar que tales defectos son una consecuencia del sistema de *case law* que no aparece en el de derecho codificado. En esta apreciación coinciden los prácticos y teóricos de ambas áreas jurídicas.

Esta comparación de las cualidades y defectos de los tres sistemas jurídicos presenta, de hecho, conclusiones favorables al derecho francés, que autorizan a afirmar la superioridad de la codificación sobre el *case law*. Y es que, como sagazmente apunta Federico de Castro, los elogios constantemente tributados al *common law* tienen más en cuenta su función histórico-

(20) Federico DE CASTRO: *En torno a una traducción. La «Common Law»*. Roscoe Pound, en A. D. C., 1960, fasc., III, pág. 751.

política que su valor como sistema jurídico. El mismo autor da cuenta de la quiebra del *common law* en palabras tan expresivas como estas que transcribimos: «...el ámbito reducido que tiene hoy la *common law*, su incapacidad para satisfacer las modernas necesidades, ha llevado a que se codifique en diversas leyes la mayor parte del derecho inglés. Son leyes casi todas las que regulan el derecho mercantil, penal, procesal, derechos reales, sucesiones hereditarias, relaciones de trabajo y relaciones familiares. De modo que se ha podido decir con razón que la esfera de la *common law* queda restringida a la materia de contratos, delito civil (culpa y negligencia) y restos de la vieja *equity*. Pero ni siquiera en estos estrechos límites consideran los juristas ingleses satisfactoria a la *common law*...» (21).

No puede admitirse como prueba de su valor el argumento de la extensión territorial del *common law*. No es su fuerza intrínseca, sino la que le prestó la preponderancia política de Inglaterra la causa de su expansión, debiendo observarse que en el seno mismo de la *Commonwealth* «Escocia, Quebec, Africa del Sur y Ceylán tienen un derecho privado que pertenece al área romana» (22), y en los Estados Unidos ya hemos tenido ocasión de referirnos a la victoriosa resistencia del derecho codificado de Luisiana.

Junto al *common law*, el derecho legislado integra el cuadro de las fuentes imperativas. A mediados del siglo XIX se abre un proceso, ininterrumpido hasta nuestros días, de creciente importancia del derecho legislado. Todas las previsiones coinciden en que el sentido de este proceso no ha de variar en el futuro. Leyendo los estudios efectuados con motivo del tricentenario de la Universidad de Harvard sobre el tema «provenir del *common law*», se advierte que la mayor parte de los autores cuentan esencialmente con el legislador para realizar el progreso jurídico. Actualmente la vida económica en toda su amplitud depende de leyes federales y de los reglamentos dictados por las grandes comisiones administrativas. El procedimiento civil se ha codificado en un número considerable de Estados y lo mismo ocurre en materia penal. También en algunos sectores del derecho privado el ámbito del *common law* va siendo invadido por el derecho legislado. El derecho mercantil es objeto muy ampliamente de leyes uniformes y un Código de comercio uniforme será, quizá, adoptado próximamente por un gran número de Estados. Son muy halagüeñas las perspectivas de este movimiento hacia la uniformidad nacional de la legislación, inspirado por la *American Bar Association*.

Este aumento cuantitativo y cualitativo de la importancia del derecho legislado, sitúa en primer plano el tema de la interpretación de la ley en los Estados Unidos. La actitud de los tribunales al respecto ha experimentado, como no podía ser menos, una evolución paralela a la del mismo derecho legislado. Al compás de la liberación de la ley de la condición inferior en que la había mantenido el *common law*, el juez americano va abandonando la actitud inglesa tradicional de interpretar las leyes literal y restrictivamente, para adoptar la actitud continental liberal y finalista. Véase lo que dice sobre el particular el juez Jerome Frank: «Con frecuencia se

(21) Federico DE CASTRO, op. cit., pág. 753.

(22) Federico DE CASTRO, op. cit., pág. 754.

hace notar que los juristas continentales utilizan el método analógico para interpretar una ley, cosa que nosotros no hacemos. Sin embargo, también esa diferencia empieza a tener poca importancia, pues cabe advertir síntomas de que el antiguo concepto de la «equidad de la ley» puede experimentar un renacimiento entre nosotros» (23). Buena prueba de este acercamiento del derecho americano al europeo continental en materia de interpretación de la ley, es que, actualmente, el juez americano, a diferencia de su colega inglés, se refiere con frecuencia a los trabajos preparatorios de las disposiciones legales (Informes de las Comisiones), para precisar su significación cuando es dudosa. Resulta muy interesante el argumento que a favor de esta técnica interpretativa esgrime el juez Frank: «Es bastante raro que los dominados por la fobia al contexto (*context-phobia*)—que imaginan que la investigación judicial de la historia de una ley da lugar a «subjetivismo» judicial—, no adviertan que, por el contrario, la desestimación de esa historia como guía de la finalidad legislativa puede conferir a los jueces un arbitrio más amplio—puede facilitar sus interpretaciones «subjetivas»—, puesto que la historia legislativa, generalmente, reduce el posible alcance de la finalidad legislativa. Quizá en este punto nuestros Tribunales puedan aprender con el estudio de los métodos de los juristas de Europa continental» (24). Sin embargo, en la medida en que subsisten las razones que la inspiran, perviven en la práctica interpretativa de los tribunales americanos huellas de la actitud tradicional inglesa: la ley se aplica en el marco del *common law*—por ello se interpreta restrictivamente cuando lo deroga—y los principios de éste sobre la materia legislada se toman en consideración para interpretarla. También, aunque en trance de remisión, sigue jugando a favor de su interpretación restrictiva la hostilidad política hacia la ley, instrumento de reglamentación contrario a los principios del *laissez faire*. El desarrollo de las ideas aquí apuntadas sobre la interpretación de la ley, precedido de unas consideraciones sobre sus aspectos formales, que se agrupan bajo la rúbrica quizá inadecuada por ambiciosa de «Teoría general de la ley», cierra la sección del libro relativa al derecho legislado.

El estudio de las fuentes reales se completa con una amplia referencia a la doctrina. Acertadamente señalan los señores Tunc que la doctrina desempeña en los Estados Unidos un papel relativamente importante—decisivo, diríamos nosotros—, incuestionablemente superior al que desempeña en Inglaterra. Se confirma la posición intermedia del derecho norteamericano entre los derechos inglés y francés relacionando esas palabras con éstas de Roscoe Pound: «El derecho codificado (*civil law*) es un derecho de las universidades. Sus oráculos han sido los profesores de derecho. El *common law* es un derecho de los tribunales. Sus oráculos han sido siempre los jueces» (25). El debilitamiento de la autoridad del precedente, la fragmentación del *common law* entre los Estados y la circunstancia de que buen número de jueces procede del profesorado universitario, son las principales razones del auge de esta importante fuente persuasiva del derecho norteamer-

(23) Jerome FRANK: *La influencia...* cit., pág. 11.

(24) Jerome FRANK, *op. cit.*, págs. 20 y 21.

(25) Roscoe POUND: *The Formative Era of American Law*, 1988, pág. 163.

ricano que es la doctrina. No se alude en este libro a un interesante fenómeno, cuyo estudio arrojaría mucha luz sobre los temas comparativos en él tratados. Nos referimos a lo que podría llamarse «europeización» de la doctrina americana, que no ha pasado desapercibida a los propios juristas americanos, como lo demuestran estas palabras de Jerome Frank: «Hemos de estar agradecidos a Hitler por algunos de los obsequios que nos hizo sin jamás proponérselo. Nos envió muchos y muy eminentes juristas europeos que nos han traído ideas continentales de gran valor» (26). Kelsen (27), Rheinstein (28) y otros muchos son los artífices de esa «europeización» de la doctrina americana.

Por lo que representan como hogares del pensamiento jurídico, en la creación y difusión de la doctrina, se estudian detenidamente las Facultades de Derecho. Las páginas consagradas a su historia y organización actual, personal docente, régimen de admisión de alumnos, planes y métodos de estudio (29), publicaciones, etc., son de gran interés.

El monumento doctrinal más importante es, sin duda, el *Restatement of the Law*, la mejor de las valiosas contribuciones del *American Law Institute* al derecho de su país. En el libro se nos da cumplida noticia del conienzudo proceso de su elaboración, la forma en que está redactado y la autoridad de que goza. Con razón se le ha podido llamar «codificación privada» del derecho norteamericano porque produce algunas de las ventajas de ésta, eliminando algunos de los inconvenientes más graves del *common law* y salvando su técnica tradicional.

La tercera parte de la obra reseñada se consagra a una minuciosa exposición de las fuentes en sentido instrumental, y ofrece, por tanto, un interés exclusivamente práctico. Se estudian la historia y estado actual de los repertorios de sentencias, las colecciones legislativas, y, finalmente, los tratados, manuales (*textbooks*), monografías, enciclopedias y diccionarios doctrinales.

A guisa de conclusión señalan los autores, como rasgo característico del derecho americano actual, la disociación más profunda que en los demás derechos entre la técnica y el deseo de justicia. Mientras que el derecho inglés y el francés se construyen y se perfeccionan sobre una base firme, los precedentes para uno y el Código para otro, el *common law* de los Esta-

(26) Jerome FRANK: *La influencia...*, cit., pág. 10.

(27) Ofr. sobre el tema Kelsen americano, QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 412.

(28) Considerando que figuran en uno de los más populares *textbooks* de las Facultades de Derecho estadounidenses, piénsese en la trascendencia, a los efectos aludidos en el texto, de estas palabras de MAX RHEINSTEIN: «En esta nueva edición, los casos han sido sustituidos en alguna medida por capítulos de texto. Sin embargo, estos nuevos capítulos no son resúmenes de casos, sino que constituyen un intento del autor de este libro de descubrir los principios subyacentes a las reglas, aclarar sus orígenes y desarrollo y valorar críticamente su funcionamiento. Como ventaja incidental ha resultado que el volumen del libro se ha reducido considerablemente». Y más adelante: «Lo que importa es que los estudiantes se den cuenta de que el derecho no consiste solamente en casos, sino también en leyes y que se ejerciten en el hábito de consultar continuamente la ley», págs. III y IV del prólogo a la segunda edición de su obra *The Law of Decedents Estates*, 2.^a ed., Indianapolis, the Bobbs-Merrill Company Inc. Publishers, 1955.

(29) Ofr. las consideraciones críticas sobre la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, de Jerome FRANK, en *La influencia...* cit., pág. 112.

do, Unidos es resueltamente progresivo. Su actual crisis se manifiesta en la pregunta constantemente repetida, de si conseguirá el *common law* por sí mismo hacerse suficientemente sistemático, ordenado, coherente y seguro, o habrá de dejar su puesto a una codificación. No creen los señores Tunc que sea posible actualmente ni en un futuro próximo una codificación del derecho privado, por las resistentes políticas a la reforma constitucional que sería presupuesto necesario. El mismo excepticismo manifiesta el juez Frank, cuyas son estas palabras: «Por mi parte abrigo las más graves dudas acerca de si este país puede adaptarse a la codificación, excepto en algunos sectores concretos y limitados» (30). Pero todo hace suponer que el *Restatement* seguirá ganando autoridad, con lo cual el ideal de la unificación jurídica en un Código, tan anhelado por grandes juristas como Williston, Pound y otros estará cada vez más cercano. No se sustraerá el *common law* norteamericano a lo que parece una ley histórica, porque como ha dicho el Decano de Harvard la codificación es el modo de elaborar el derecho característico de los sistemas adultos.

RAFAEL G. GALLARZA.

(30) Jerome FRANK, op. cit., pág. 116.