

CAPÍTULO PRIMERO

LA MIRADA QUE EL COMPARATISTA DIRIGE AL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Hacer asequible el derecho común y la equidad —*common law and equity*, en inglés— al lector hispanoparlante representa un desafío enorme para las ciencias jurídicas. En un mundo globalizado e integrado resulta impresionante que la doctrina siga reiterando un esquema de comparaciones y diferencias entre la mentada familia jurídica y la romano-germánica, sin entrar a desentrañar la lógica subyacente y cómo esas diferencias han marcado la conducta de los distintos actores sociales.¹

Este libro representa un primer acercamiento a un ordenamiento jurídico que se diferencia de aquellos que integran la familia romano-germánica solamente por la manera en que sus componentes interactúan. La tesis central del libro es que la familia jurídica del derecho común y la equidad no es ajena a la tradición jurídica de Occidente. Quedan varios temas pendientes para trabajos posteriores, como la obra de Karl Lewellyn y su concepción de una ciencia jurídica específica basada en la casuística; el origen y la naturaleza del *trust*; una revisión crítica de la obra iusnaturalista de William Blackstone; los métodos de ense-

¹ Hacemos esta aseveración, pues pese al notable esfuerzo de muchos autores por indagar en estas diferencias, el comparativismo sigue centrándose, en su inmensa mayoría, en la letra de la ley y en las modificaciones legales de los últimos lustros. Dichos cambios son, en su inmensa mayoría, retratados desde los esquemas comparativos clásicos. Véase Rabasa, Oscar, *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del common law*, 1982; Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, 1998; Friedman, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, trad. por Pablo Jiménez Zorilla, 2007.

ñanza del derecho en las universidades a partir del siglo XIX, especialmente el casuístico; una revisión crítica de la historia del ordenamiento jurídico privado y, sobre todo, una necesaria revisión de la idea de codificación, que tome en cuenta a los *restatements* y el Código Uniforme de Comercio estadounidenses.

Somos conscientes que la tesis presentada en este libro puede generar extrañeza entre aquellos que idealizan el derecho común y la equidad —*common law and equity*—. Esta tendencia está en aumento en toda América hispanoparlante, ya que los estudios de posgrado en derecho se están convirtiendo en una verdadera industria, a menudo alejada de la labor universitaria, que se enfoca en la investigación y enseñanza.

A lo anterior se debe agregar el fenómeno de la “aldea global”, también presente en las ciencias jurídicas. En un mundo marcado por la inmediatez y las tecnologías, en las ciencias sociales y en las humanidades, urge descorrer el velo de este fenómeno. En materia jurídica dicho fenómeno conduce fácilmente a la errónea idea de que las distintas familias jurídicas comparten instituciones, independientemente de cómo se denominen. Sin embargo, frente a esa idea cabe recordar el viejo aforismo romano, según el cual las cosas son lo que son y no como se llaman. Constituye un imperativo prescindir de cualquier noción de familiaridad al acercarse a las instituciones jurídicas. Solo de esa manera se puede desentrañar su verdadera naturaleza. En consecuencia, tratar de explicar un ordenamiento jurídico implica mirar más allá de las denominaciones, examinando la naturaleza jurídica de las instituciones e indagar acerca del origen de las mismas. Es esto lo que hemos intentado en este trabajo. Como el lector podrá apreciar, a lo largo de este manual se hace una distinción entre la explicación doctrinaria, generalmente inspirada en el derecho romano-germánico, y la naturaleza jurídica que dichas instituciones tienen. Para esos efectos se han empleado las categorías conceptuales propias de nuestra familia jurídica, la romano-germánica, contrastando la denominación prestada con las características de las instituciones vigentes en el derecho común

y la equidad —*common law and equity*—. Ese ejercicio nos condujo a la conclusión de que las coincidencias son menos de las que se aprecian a primera vista, y esto se debe, antes que nada, a una razón histórica: muchas instituciones del derecho común provienen de los derechos romano-vulgar, canónico y feudal, comparativamente menos relevantes en la familia romano-germánica.

Como última reflexión, es necesario tener presente que en ambas familias ha habido un trabajo de sistematización y reflexión, pero abordado desde distintas disciplinas. En el mundo estadounidense, el aporte efectuado por el análisis económico del derecho ha sido enorme. Su trabajo de descripción y propuestas ha enriquecido enormemente el debate jurídico en su conjunto. En muchos aspectos, esta disciplina ha venido a suplir cierto déficit de sistematización, crítica y propuesta. Su trabajo proporciona una mirada crítica del derecho estadounidense.

En la familia jurídica romano-germánica ese rol lo han desempeñado, entre otros, el derecho romano y la historia del derecho. Se trata de dos disciplinas universitarias, centenarias, abundantes en descripciones, comparaciones y propuestas, que permiten dilucidar fácilmente la naturaleza jurídica y el origen de sus instituciones. En consecuencia, explicar el ordenamiento jurídico a los hispanoparlantes implica por un lado recoger las descripciones, críticas y propuestas del análisis económico del derecho y explicarlas acorde a su evolución histórica, con la que el público letrado hispanoparlante está familiarizado.

Más allá de algunos estudios realizados por iuseconomistas sobre la naturaleza de los derechos de propiedad y de los tuertos estandarizados con nombres,² o del examen de la jurisprudencia y del rol de los tribunales, es poco lo que se conoce en el mun-

² La literatura sobre los costos de la transacción explica con claridad cómo los derechos de propiedad internalizan los costos. Véase Demsetz, Harold, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review* 57, 1967, pp. 347-352. Otras investigaciones explican que los tuertos —*torts*, en inglés— asignan la responsabilidad a los que sufren los menores costos. Véase Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970. De gran interés es tam-

do hispanoparlante del derecho común y la equidad de factura anglosajona, en general, y del derecho privado estadounidense, en particular. La ciencia jurídica se encuentra al debe en la definición y sistematización de este ordenamiento jurídico o al menos en la elaboración de una cartografía jurídica o de estudios comparativos que lo hagan más asequible a juristas formados en la familia del derecho continental. Desde ya nos aventuramos a señalar que, en nuestra opinión, el derecho común y la equidad —*common law and equity*— surgieron a partir de las mismas instituciones y sistemas jurídicos que el derecho continental, pero éstos han interactuado entre sí de manera distinta y configuran una mezcla distinta a partir de los mismos elementos jurídicos que configuraron el sistema romano-germánico.

I. LA FALTA DE UNA LITERATURA COMPARATIVA CONSISTENTE

Los iuscomparativistas han derramado mucha tinta explicando los efectos jurídicos de los procedimientos judiciales ante los tribunales de alzada en ese sistema. Probablemente el precedente judicial y el rol de los tribunales superiores constituyen las figuras más conocidas y emblemáticas del derecho anglosajón a ojos de los cultores del derecho romano-germánico. Desde un punto de vista histórico-jurídico, el derecho anglosajón gozó de amplia difusión en Europa durante el siglo XVIII, especialmente entre los iuspublicistas, debido a la enorme propaganda que los ideólogos del constitucionalismo hicieron de él. Entre los hispanoparlantes, el mejor propagandista de las bondades del parlamentarismo inglés fue el barón de Montesquieu, mientras en otras partes de Europa jugó un papel relevante el ginebrino Jean Luis de Lolme.³ La fasci-

bién Epstein, en su obra, “The Social Consequences of Common Law Rules”, *Harvard Law Review*, núm. 95, 1982, p. 1720.

³ Este jurista suizo, en su obra *La Constitution de l’Angleterre ou l’Etat du Gouvernement Anglais compare avec la forme republicaine et autrais monarchies d’Europe*, sostiene que la monarquía inglesa tiene como pilar fundamental de todo su derecho la

nación que éstos y otros iuspublicistas del siglo de las luces sentían por el parlamentarismo inglés condujo a una idealización de las instituciones inglesas de derecho público que, desgraciadamente, no ha sido suficientemente problematizada por la historiografía jurídica.⁴ Empero, ni los autores acá mencionados ni otros posteriores promocionaron de la misma manera el sistema de derecho privado del derecho común y la equidad —*common law and equity*—, o al menos no de la misma forma entre los hispanohablantes.

Cabe destacar que no vemos razón alguna porque la *common law* y la *equity*, como se conocen en inglés, no puedan trasladarse directamente al castellano, como *el derecho común y la equidad*, al ser términos técnico-jurídicos ampliamente utilizados desde la Edad Media en la Europa continental. Más bien argumentamos a lo largo de este manual que el derecho anglosajón no es un ordenamiento privado excepcional ni ajeno a esta tradición de derecho: el *ius commune* europeo,⁵ ni ajeno a la tradición del derecho romano-canónico.

Esta situación, de parte nuestra, marcada por el desconocimiento del derecho anglosajón, recién vino a cambiar, tímida-

libertad, y que su Constitución descansaba en tres pilares: el monarca, el parlamento y el principio de juridicidad. Justifica la importancia del parlamento por ser el órgano que representaba a otros grupos sociales. Véase Mussig, Ulrike, *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*, pp. 13 y ss.

⁴ No es este el momento para entrar en esa discusión. En habla hispana, una buena exposición de los motivos por los que Gran Bretaña estaría sobrevalorada en Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América*, t. I, pp. 20 y ss. Para más información véase Weinacht, Paul-Ludwig, “Formas de libertad constitucional en Montesquieu y después de Montesquieu”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 18, 1999, pp. 153-161. En ese artículo el profesor Weinacht contrasta la concepción de libertad que Montesquieu le atribuye al sistema inglés con la que efectivamente había en ese momento histórico. Del mismo autor, es interesante leer sus reflexiones acerca del valor de la tradición en las obras del citado constitucionalista, “Montesquieu und die doppelte Rechtskultur im alten Frankreich”, *Der Staat*, núm. 36, 1997, pp. 132 y ss.

⁵ Nuestros colegas franceses y alemanes no suelen traducir los términos del inglés al referirse a esta tradición jurídica, usan exclusivamente expresiones que equivalen a *la common law et l'équity* o *die Common Law und die Equity*, por lo que en algunos lugares acompañamos los términos del inglés entre guiones largos.

mente, con el desarrollo del análisis económico del derecho. Los cultores de esta disciplina, de creciente influencia en las escuelas de derecho latinoamericanas, mediante estudios centrados en aspectos positivos y normativos de la economía neoclásica, han dejado entrever una serie de aspectos de la cultura jurídica estadounidense. No cabe duda de que esa disciplina ha aportado una serie de esquemas conceptuales, doctrinas y críticas importantes para la ciencia jurídica. Desde una perspectiva historiográfica, podemos criticarle que, en la década de los setenta del siglo pasado, predominó entre sus cultores una visión centrada en cuestiones positivas. En otras palabras, el análisis económico del derecho estadounidense se enfocó en lo que el derecho efectivamente era y no en lo que debía ser. Sin desconocer la importancia de la aludida disciplina, ésta tampoco ha podido llenar el vacío existente en aspectos dogmáticos por la pobreza de la literatura comparativa.

II. LA CARTOGRAFÍA JURÍDICA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

Dentro de la escuela recién aludida, para efectos de este trabajo, resulta notable la obra del profesor de la Universidad de Chicago Richard A. Epstein,⁶ quien, basándose en la teoría política liberal, extrae los principios que, en su opinión, configuran la esencia del sistema de derecho privado del derecho común y la equidad —*common law and equity*—, que son: la autonomía personal; la primera ocupación como elemento constitutivo del derecho de dominio; el intercambio voluntario; la protección contra la agresión, y el privilegio limitado solo para las situaciones de necesidad.⁷ De estos principios se derivaría la relativa simplicidad conceptual del derecho común y la equidad en comparación con los derechos de la familia jurídica romano-germánica.⁸

⁶ Epstein, Richard, *Simple Rules for a complex World*, 1995.

⁷ *Ibidem*, pp. 53-63, 71-80, 91 y 92, y 113-116.

⁸ El autor en comento es un jurista inspirado en el iusnaturalismo racionalista. Él razona de manera deductiva a partir de los principios arriba mencionados.

Como representante de la familia jurídica del derecho común, Epstein conceptualiza el derecho privado estadounidense como si se tratase de algo novedoso.⁹ Tal postura es, sin embargo, discutible: los principios recién mencionados no son nada nuevo. Ellos fueron sistematizados y reformulados por los iusnaturalistas dieciochescos, cuyo trabajo facilitó la posterior codificación civil en la familia de derecho romano-germánica. Dicho trabajo se vio posibilitado por un enorme trabajo previo de ordenación, explicación y comentario del derecho común europeo —*ius commune*, en latín— que al momento de la codificación ya contaba varios siglos a cuestas.¹⁰ En contraposición con este valioso esfuerzo doctrinario, es poco lo que se ha escrito para explicar el derecho común y la equidad inglés o estadounidense, o al menos lo escrito en comparación con lo hecho en los ordenamientos de la familia jurídica romano-germánica. En los Estados Unidos, ni los profesores de derecho ni los iushistoriadores, ni tampoco los peritos en el análisis económico del derecho, han sistematizado de manera satisfactoria su sistema de derecho privado. Este déficit “cartográfico” de sus conceptos jurídicos es ostensible en la mera observación del plan de estudios del primer año de la carrera de derecho, que se divide en las materias básicas del derecho común: la propiedad, los tuertos y los contratos. Siendo la equidad parte fundamental de ese ordenamiento, sólo en una asignatura electiva de segundo año pueden los estudiantes de derecho conocer las instituciones basadas en ella. Es aquí donde se apre-

⁹ El trabajo de Epstein merece varias observaciones. La más importante es que el autor parte de la misma base filosófica que los iusnaturalistas racionalistas: la idealización del estado de la naturaleza. De ahí que promueve un sistema de dispersión del poder estatal, como la mejor manera de asegurar el bienestar de los individuos.

¹⁰ Sin ánimo de ser exhaustivos, pensemos sólo en los representantes jurídicos de la segunda escolástica, desarrollada en Coimbra y Salamanca, como Luis de Molina, Francisco Suarez, Fernando Vázquez de Menchaca. En nuestra opinión notable, trabajo de la segunda escolástica, fue precedido por el esfuerzo realizado por glosadores y comentaristas, que si bien no alcanzó el brillo de los autores susodichos, hizo posible dicha elucubración.

cia a cabalidad la confusión conceptual reinante en el derecho estadounidense. Cabe precisar que sonará algo extraña nuestra traducción al castellano del término *tort* para denotar la “responsabilidad civil extracontractual” en el derecho anglosajón. Mas “tuerto” causará una impresión levemente vetusta si recordamos que don Quijote fue “enderezador de tuertos”.¹¹ Sin embargo, en el fondo, al igual que sucede con tantas otras expresiones del romance franco-normando —o *Law French*— que emplearon los tribunales del derecho de la Común y las cancillerías de la equidad ingleses, podemos entender con claridad el sentido de estos términos técnico-jurídicos, que provienen de una lengua que, al igual que el castellano, se originó a partir del latín rústico. Por otro lado, no debemos olvidar que el término que empleamos de “responsabilidad civil extracontractual” puede resultar impreciso al denominar la acción privada para obtener la reparación de los daños o agravios que no surgen del consentimiento como en el caso de los contratos. Por tanto, al emplear este término en la familia jurídica romano-germánica estamos nombrándola por lo que no es en lugar de por lo que realmente es. La “acción de daños” es más común en América Latina y el término “acción de agravios” es más frecuente en España.

En concordancia con la sistematización de Epstein, los historiadores del derecho anglosajón explican el derecho privado recurriendo a las en todo caso más completas sistematizaciones del derecho civil romano-germánico, con las consiguientes dificultades metodológicas y explicativas que implica el uso de categorías conceptuales ajenas a esta tradición jurídica. Solo a modo de ejemplo basta ver el tratamiento del “enriquecimiento ilícito”, que adquiere un significado distinto del que tiene en nuestros ordenamientos. Este principio es usado en el derecho común para explicar y regular todas las instituciones inspiradas en la equi-

¹¹ Cervantes Saavedra, Miguel de, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, 1605, primera parte, cap. II (“...tuertos que enderezar”), cap. XIX (“no sé cómo pueda ser eso de enderezar tuertos”), y cap. LII (“desfacedor de agravios, enderezador de tuertos”).

dad que quedan fuera de la “propiedad”, los “contratos” y de los “tuertos”, o como los conocemos en la jerga jurídica propia, con un término que nace de lo que no es, las “obligaciones extra-contractuales”. De ese modo, la figura de la “restitución” entra a llenar una deficiencia cartográfica a causa de la falta de sistematización y de elaboración dogmática que caracteriza al derecho común y la equidad —*common law and equity*—. Empleamos este ejemplo con el fin de ilustrar los malentendidos y falsas sinonimias a las que ha llevado el hasta ahora poco desarrollado trabajo iuscomparatista.

La razón histórica de todo lo anterior tiene que ver —no está de más recordarlo, aunque parezca obvio— con el derecho judicial anglosajón. Si bien un ordenamiento jurídico con un rol más activo de los tribunales en cuanto creadores de normas generales otorga al sistema en su conjunto mayor flexibilidad; esta característica conlleva a su vez múltiples dificultades para deducir principios generales o determinar la estructura de todo el ordenamiento privado. Tal característica, el carácter judicial de este derecho, de por sí problemática, se encuentra acentuada por la coexistencia de dos sistemas jurídicos de derecho privado: el derecho común y la equidad, ambos dotados de tribunales propios e independientes entre sí.¹² Basta recordar las palabras del romanista estadounidense Alan Watson, quien, desde la historia del derecho, decía que es difícil deducir una estructura lógica a partir de “casos decididos... Cuando la ley se basa en los casos, no tiene un sistema o estructura evidente”. Cada caso trata “de un punto en particular... aparentemente no relacionado e independiente de otros casos que tratan de un punto diferente”. La situación anterior, característica de los derechos judiciales, al parecer no

¹² Hoy en día existen estados federales en los que las jurisdicciones del derecho común y de la equidad permanecen independientes entre sí como Delaware y en otros; mientras en otras, se han fusionado en un Poder Judicial unificado como Nueva York y California. Independientemente de las diferencias orgánicas, los jueces estadounidenses continúan razonando y fallando como si sus facultades jurisdiccionales fuesen definidas por los *writs* o acciones del derecho común y los *bills* o libelos equitativos.

ha sido nunca bien aquilatada por parte de la doctrina. Así, en 1870, sir Thomas Erskine Holland describió el derecho común como un “caos con un índice completo”.¹³ Once años más tarde, otro estudioso de las ciencias jurídicas, Sir Frederick Pollock, se quejaba de que aún no había ni siquiera un índice adecuado para adentrarse en este sistema jurídico.¹⁴ Como explica el citado romanista Watson, deducir una estructura lógica de resoluciones para los casos concretos es difícil. “Cuando el Derecho se basa en casos, el sistema y la estructura de éste no resultan obvios para el observador”.¹⁵

Traemos a colación estas observaciones de la segunda mitad del siglo XIX y de fines del siglo XX, pues una de las consecuencias de la codificación en el sistema romano-germánico fue el surgimiento de ordenamientos jurídicos de interpretación reglada y estricta, tendentes a dar seguridad jurídica a las partes y a la población en general. Ese interés en la certeza y la uniformización jurídicas desplazó en cierta medida el interés por la justicia del caso concreto. Esta herencia de la codificación ha generado un abismo entre el derecho romano-germánico y el del derecho común. La certeza y una mayor uniformización jurídica, deducidos del principio de la igualdad ante la ley, no se encuentran a primera vista en la reconocida sistematización del derecho común, escrita por el iusnaturalista William Blackstone en el siglo XVIII. Este autor reconoció en las leyes inglesas dos objetivos principales: los derechos y los delitos,¹⁶ clasificando las primeras en “derechos de las personas” y “derechos de las cosas”, y los delitos en “delitos penales”¹⁷ y “delitos civiles”.¹⁸

¹³ Erskine, Thomas, *Essays on the Form of Law*, 171, 1870.

¹⁴ Pollock, Frederick, “The Science of Case-Law”, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 2a. ed., 1882, pp. 237-260.

¹⁵ Watson, Alan, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, *Yale Law Journal*, núm. 97, 1988, pp. 795 y 796.

¹⁶ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, 1775, p. 122.

¹⁷ Blackstone sitúa al derecho penal como el gran tema de derecho público.

¹⁸ Blackstone, William, *Commentaries on the... cit.*, p. 122.

Nuestra impresión —a riesgo de caer en la majadería— es que hasta el día de hoy no es posible encontrar ni siquiera un índice completo ni menos una sistematización adecuada o cartografía, que dé a los juristas provenientes de esta otra familia jurídica una visión amplia del ordenamiento del derecho común y de la equidad. Prueba de ello es que, hoy en día, tanto los tribunales federales como los estatales continúan haciendo distinciones entre los *writs* o acciones legales y los *bills* o libelos equitativos, y los abogados de ese sistema “continúan buscando orientación” en los tratados de autores ingleses y angloamericanos sobre la equidad. En consecuencia, el razonamiento legal en ese sistema permanece bifurcado. Nuestra idea es contribuir a una mejor comprensión de este sistema desde la historia del derecho y el análisis económico del derecho, para lo cual procederemos con una cartografía jurídica novedosa, y hasta ahora ausente en este sistema de derecho privado. Trataremos las instituciones del derecho común y de la equidad: de los “derechos sobre las cosas”; de los “deberes a las personas”, y de las “instituciones jurídicas que apoyan a los mercados”, es decir, a la intermediación comercial, financiera y bursátil.