

SEGUNDO

EL PRINCIPIO: DERECHO ESTADOUNIDENSE

EL PERIODO COLONIAL

Los ingleses comenzaron a poblar lo que ahora son los Estados Unidos a principios del siglo XVII. Fundaron colonias de arriba a abajo sobre la costa, desde lo que ahora llamamos Maine hasta Georgia (también colonizaron parte de lo que hoy es Canadá y muchas islas del Caribe). El periodo comprendido hasta 1776 es conocido como periodo colonial y los asentamientos son conocidos como colonias. No obstante, dichas colonias no eran iguales a las colonias británicas en el siglo XIX. Muchas de las colonias americanas eran, para todos los efectos, independientes. Algunas de ellas eran casi propiedad privada de los lugartenientes que habían recibido vastas tierras de la Corona. Otras colonias eran autogobernadas —cuando menos en la práctica—. Esto era cierto, por ejemplo, para la Bahía de Massachusetts. El control inglés sobre las colonias era, en general, sumamente débil. Inglaterra estaba muy lejos —a una larga, ardua y peligrosa travesía por agua— y no tenía realmente una política colonial, al menos no en un principio. Inglaterra no tenía oportunidad, habilidad o experiencia para dirigir un “imperio”.

Las comunidades coloniales eran pequeñas y pobres. Al principio, algunas de ellas estuvieron cerca de extinguirse por hambre. Eran ricas solamente en un producto: tierra. La oferta de trabajo era escasa. El clima era un factor importante en las colonias —entre más sureño el territorio se tornaba más cálido y con ma-

yores temporadas de cultivo era más fácil desarrollar la agricultura a gran escala—. Además, algunas de las colonias de la Nueva Inglaterra fueron fundadas por puritanos y los clérigos protestantes tuvieron una enorme influencia sobre la vida y el derecho de estas colonias. Las colonias sureñas se aproximaban más a los modelos ingleses tanto en su derecho como en su estilo de vida. En el sur había menos pueblos y ciudades; las colonias sureñas se convirtieron pronto en bastiones de agricultura de plantación, cultivando tabaco y algodón y desarrollaron la “peculiar institución” de la esclavitud (este tema será abordado más adelante).

¿Cómo era el derecho del periodo colonial? Era, esencialmente, derecho inglés —dado que éste era el único sistema que los colonizadores conocían—. Estaban acostumbrados al derecho inglés y trajeron consigo sus ideas y memorias (básicas) de la práctica jurídica; era para ellos tan natural como su forma de hablar. Si echamos un vistazo a los registros de las cortes coloniales, notamos que se encuentran plagados de términos jurídicos (no siempre utilizados correctamente conforme a los estándares ingleses). Sin embargo, algunos de esos términos tales como corte, juez, jurado, actor (o demandante), demandado, última voluntad, etcétera, no son sino vocablos comunes del idioma inglés —son parte de la vida cotidiana—. Desde luego, en las pequeñas comunidades (antes que hubiera muchos abogados) el derecho utilizado en las colonias era imperfecto y rudimentario, por lo menos desde el punto de vista de los ingleses. El derecho inglés era el derecho de una sociedad más antigua, con un fuerte pasado feudal y un elaborado y complejo sistema social, empezando con el rey, seguido por los miembros de la aristocracia y de la alta burguesía, hasta llegar al pueblo. La mayor parte de la enloquecedora complejidad del derecho inglés, altamente técnico y difícil de descifrar, no sólo era desconocida en las colonias, era también innecesaria. Los colonizadores tomaron lo que sabían, lo que necesitaban y lo que recordaban.

Conforme las colonias fueron creciendo, y cuando los pueblos como Boston se convirtieron en importantes puertos y centros mercantiles, el derecho se volvió más sofisticado; sin embargo, nunca alcanzó las alturas (o profundidades) del derecho inglés. Los colonizadores también adaptaron, cambiaron y adicionaron el derecho conforme las circunstancias lo requerían. Dichas circunstancias fueron, después de todo, muy distintas a las de un hombre o una mujer ingleses. Además, las ideologías de los colonizadores moldearon sus leyes de manera importante. Los puritanos en Massachusetts, por ejemplo, adaptaron el derecho a su concepto de sociedad devota. Tenían reglas sobre herejía, blasfemia, asistencia a la iglesia y, principalmente, comportamiento moral (este tema también será abordado más adelante).

Sabemos mucho acerca del derecho de la Bahía de Massachusetts en el siglo XVII a través de los registros que subsisten. Asimismo, sabemos mucho acerca de la sociedad de ese periodo. Las comunidades eran pequeñas, rígidas y jerárquicas. Algunos de los asentamientos eran tan pequeños que probablemente todos sus miembros se conocían entre sí. Los dirigentes eran los miembros del clero y los jefes de familia (varones). En el punto más bajo de la escala social estaban los esclavos y los sirvientes contratados (*indentured servants*). Todas las colonias, incluyendo Massachusetts, tenían esclavos de raza negra; sin embargo, el número de esclavos aumentaba conforme se avanzaba hacia el sur. Los sirvientes contratados eran de raza blanca en su mayoría. Un sirviente contratado era una especie de esclavo temporal; él o ella servían a un amo y a su señora, sin paga, durante un cierto número de años, viviendo generalmente en la propiedad del amo. Muchos inmigrantes se “ofrecían en venta” bajo esta figura para obtener dinero para su pasaje a las colonias. Los sirvientes contratados no podían abandonar su trabajo antes de que venciera el plazo convenido; un sirviente contratado no podía casarse sin el permiso de su amo; y el amo podía comprar y vender al sirviente, de la misma forma en que podía hacerlo con un esclavo. No obstante, a diferencia de los esclavos, los sirvien-

tes contratados obtenían su libertad al vencimiento del plazo convenido. Algunas veces recibían también “ofrendas de libertad” (*freedom dues*). Una ley de Maryland de 1640 obligaba al amo a dar al sirviente, al término de su plazo, una camisa, unos zapatos y unas medias largas, una boina, dos azadones, un hacha, tres barriles de maíz y cincuenta acres de tierra. Las mujeres también recibían “ofrendas de libertad”.⁶

Massachusetts desarrolló su propio sistema elaborado de cortes. En la parte superior se encontraba la Corte General (*General Court*) y debajo de ella estaba la Corte de Asistentes (*Court of Assistants*). Las cortes locales se ocupaban de los problemas cotidianos, así como de gran parte de lo que hoy conocemos como trabajo administrativo —por ejemplo, registraban hierros de ganado, expedían reglamentos, registraban testamentos y escrituras de tierras, entre otras cosas—. En las colonias no encontramos la noción de separación de poderes. Las cortes funcionaban como establecimientos gubernamentales que prestaban todo tipo de servicios. El derecho jugaba un papel importante en la vida diaria de la comunidad. Casi todos los miembros de una pequeña comunidad —ciertamente casi todos los adultos— aparecían de una u otra forma en los registros de la cortes durante todos los años. Los registros de las corte son, de alguna manera, espejos de la vida de la comunidad.

Las leyes de las colonias eran, como señalamos, básicamente inglesas pero en versión rudimentaria. Gran parte de aquello que identificamos como derecho inglés —el derecho plasmado en los libros de consulta— es en realidad un derecho que se ocupa de los problemas de los lugartenientes aristócratas. Pero no había lugartenientes aristócratas en las colonias —ciertamente no en las colonias del norte—. El derecho que surgió en esta parte del Atlántico era un derecho más popular. “Popular” no significa democrático (en la forma en que hoy entendemos el término). Pro-

⁶ Alderman, Clifford Lindsey, *Colonists for Sale: The Story of Indentured Servants in America* (1975), pp. 74 y 75.

bablemente sea más preciso considerar a las colonias como pequeñas teocracias. No obstante, eran populares en otros sentidos. Las cortes se encontraban al alcance de todos en las pequeñas comunidades y se ocupaban de los asuntos que concernían a todos, como hemos señalado.

El derecho colonial trajo también un número de notables innovaciones. La primera, de la que nadie se siente orgulloso hoy en día, fue el derecho de la esclavitud. La esclavitud era desconocida en Inglaterra y en el derecho inglés. Existió esclavitud en las colonias del siglo XVII —algunos indígenas fueron esclavizados pero, en su mayoría, la esclavitud estuvo siempre asociada con hombres y mujeres de raza negra traídos desde África—. Existe controversia sobre el lugar donde surgió la esclavitud y la forma en que comenzó. Claramente comenzó como una especie de costumbre, como un entendimiento general, antes de formalizarse como “derecho”, es decir, como una condición jurídicamente reconocida. En la década de 1620 existían ya ciertos indicios de que las colonias habían reconocido la costumbre de tratar como esclavos al menos a ciertos sirvientes de raza negra. Dichos indicios consisten en listas con nombres de pila (ya que los apellidos eran omitidos) y de inventarios de patrimonios hereditarios, entre otros documentos. La esclavitud existió también en las colonias portuguesas y españolas del siglo XVI y se desarrolló en las colonias azucareras de West Indies (Antillas y Bahamas). Los primeros colonizadores de Barbados trajeron consigo 10 personas de raza negra en 1627, y en 1636 en Barbados se discutía ya la noción de “esclavitud vitalicia”. En Virginia había negros desde 1619 y en 1640 apareció la primera prueba de la condición jurídica de la esclavitud. Para mediados del siglo XVII había en los registros referencias esparcidas que sugieren convincentemente la existencia de una costumbre de servidumbre vitalicia —“sirvientes” que nunca serían libres—, y dichos “sirvientes” eran invariablemente personas de raza negra. Poco más tarde, el derecho reconoció el otro elemento esencial de la esclavitud: los

hijos de las madres esclavas estaban irremediablemente destinados a ser esclavos.

No cabe duda que la fuerte conciencia racial fue un elemento determinante en las leyes y costumbres de la esclavitud. Es cierto, muchas personas de raza blanca también se encontraban subordinadas —eran sirvientes contratados que, como apuntamos anteriormente, se encontraban bajo una especie de esclavitud temporal—. Sin embargo, la esclavitud permanente, vitalicia y hereditaria nunca se aplicó a las personas de raza blanca, sino solamente a las personas de raza negra traídas desde África. Existió también la esclavitud de indios, pero este sistema no perduró. Los indios, después de todo, se encontraban en una situación distinta. Este era su país y podían convertirse en una amenaza para los colonizadores por lo que era importante no perturbarlos. Y, quizás más importante, tenían territorios a dónde escapar. Por lo general, esto no era posible para las personas de raza negra de origen africano. Adicionalmente, los indios formaron grupos compactos en torno a su lenguaje y cultura; mientras las personas de raza negra fueron traídas de docenas de grupos culturales y lenguajes africanos distintos. El proceso de esclavitud los separó de sus tribus mezclándolos en una masa indivisa y subordinada. Existen casos interesantes de costumbres, nombres, lenguas —en dialecto *gullah*, por ejemplo— y quizás otros aspectos de distintos grupos africanos que subsistieron la esclavitud. Sin embargo, las condiciones de la esclavitud tendían a destruir las culturas que esos hombres y mujeres traían consigo. Los esclavos fueron incluso convertidos al cristianismo —aunque el derecho establecía que dicha conversión no liberaba al esclavo de su condición—.

Evidentemente, los esclavos eran importantes para la economía. Eran empleados en las plantaciones de azúcar en West Indies (Antillas y Bahamas), así como en las plantaciones sureñas. En las colonias existió siempre una severa escasez de fuerza de trabajo y las personas de raza negra eran importadas de África para hacer el trabajo duro del campo. La esclavitud era una con-

dición conocida en dicho continente y el tráfico de esclavos dependía de la ayuda de los africanos para esclavizar a otros africanos. Las personas de raza negra eran secuestradas o capturadas en África, embarcadas en buques y transportadas (en condiciones terribles) a las colonias. Cultural y racialmente las personas de raza negra eran muy distintas de las personas de raza blanca que habitaban dichas colonias. La profunda conciencia racial —el pecado original de los Estados Unidos— ligó a esos sirvientes extranjeros a una condición en la que se les degradaba y explotaba. Para los blancos era inimaginable que las personas de raza negra pudieran simplemente servir durante un plazo determinado para después ascender en la escalera de la movilización social. Existieron personas de raza negra libres y personas de raza negra sirvientes. No obstante, nunca fueron tratados igual que las personas de raza blanca y, con más y más frecuencia, la condición dominante fue la de esclavo.

Se han debatido las diferencias entre la esclavitud en la América británica y en Latinoamérica. Algunos argumentan que la esclavitud en la América británica era mucho más cruel. El argumento es que en Latinoamérica los esclavos liberados eran tratados, en muchos sentidos, como “no esclavos” y que su condición de seres humanos era reconocida —les permitían, por ejemplo, casarse—. En las colonias británicas las personas de raza negra libres (aquellas que nunca habían sido esclavas o que habían sido liberadas) nunca fueron ciudadanos en plenitud, los esclavos no tenían (legalmente) permitido casarse (por supuesto, habían parejas que vivían como marido y mujer tratándose como si en realidad lo fueran). Parece claro que el factor racial, por sí solo, tuvo una mayor importancia en la esclavitud de las colonias británicas en comparación con Latinoamérica. La casta, el tono de piel, la cultura y la posición social importaban mucho más. En el territorio que hoy abarcan los Estados Unidos, una persona de raza negra era eso y punto; y aun la más ligera mezcla de sangre africana hacía a las personas legalmente de raza negra. Después de todo, las mujeres esclavas con frecuencia tenían hijos de los

amos o capataces blancos y, en algunas ocasiones, había esclavos en ciertas plantaciones cuya piel era casi blanca.

La población esclava llegó a ser más y más importante, económica y socialmente, en las colonias del sur. En Virginia, en 1649 las personas de raza negra representaban cerca del 2% de la población. Para 1750 constituían cerca del 40% de ésta —y la inmensa mayoría eran esclavos—. Para dicha época Virginia y las demás colonias habían creado un enorme cuerpo de derecho en torno a la esclavitud. El derecho jugó un papel importante en el fortalecimiento, consolidación y permanencia de dicha institución. El derecho codificó la costumbre y la cristalizó; puso su fuerza coercitiva detrás de la “peculiar institución”. Quienes se opusieron a la esclavitud eran desertores de la cultura e ideología sureñas de hecho. El derecho hizo todo tipo de esfuerzos por fortalecer la esclavitud. El derecho de la esclavitud surgió a partir de una costumbre pero, una vez formalizado, tuvo plena fuerza legal. Ésta es una de las formas en que el derecho se hace presente en una sociedad: toma un consenso, una costumbre, una actitud y las endurece hasta convertirlas en músculo y hueso.

En las colonias sureñas la política estaba dominada por la burguesía terrateniente, cuyos miembros comúnmente poseían cuadrillas de esclavos. Las colonias sureñas, por ejemplo, impusieron restricciones a la manumisión —dificultando la liberación de los esclavos—. Conforme pasaron los años, se creó un elaborado código de la esclavitud que reafirmó los aspectos raciales y de casta de los esclavos. Los códigos —diferentes en cada colonia, pero con importantes similitudes— estaban formados por tres aspectos importantes. Contemplaban reglas acerca de la condición de los esclavos: reglas que les prohibían ser propietarios, casarse, comprar y vender —reglas que definieron su condición como seres humanos que pertenecían a otros como si fueran perros o ganado y que podían ser comprados, vendidos o rentados—. Establecían también reglas relacionadas con el control social de los esclavos, reglas que permitían al dueño a castigar a sus esclavos, exigirles obediencia y castigar a aquellos esclavos que intentaran

escapar o levantarse en contra de su dueño. Por último, los códigos incluían un vasto cuerpo de normas altamente técnicas sobre la esclavitud —tal como existe hoy un vasto cuerpo de normas altamente técnicas en materia de propiedad inmobiliaria, petróleo y gas, agua, patentes y otras formas de propiedad—. Dichos códigos fueron, de alguna manera, el derecho mercantil aplicable a los afroamericanos negros que recibían trato de bienes muebles.

Este enorme cuerpo de normas, que no tenía antecesor en el país materno, es vergonzoso para los estadounidenses hoy en día (o debería serlo); sin embargo, existieron otras innovaciones menos vergonzosas en el derecho colonial. De alguna manera, las colonias eran un enorme experimento: experimentaban lo que sucedía con el *common law* cuando era transportado desde su lugar de origen hasta a un nuevo sitio, más salvaje, donde los colonizadores ingleses podían iniciar desde cero y donde la arraigada estructura social inglesa no tuviera oportunidad de echar raíces. Como resultado, el derecho sufrió enormes cambios. En Inglaterra, por ejemplo, la tierra era detentada por grandes familias desde sus majestuosas fincas campestres; la regla dominante en la herencia de la tierra era la primogenitura: la tierra era para el “heredero”, es decir, para el hijo mayor. En cierta medida, ésta siguió siendo la norma en las colonias sureñas, con sus grandes extensiones de tierra trabajada por campesinos afroamericanos. Sin embargo, en las colonias del norte, donde la forma dominante de tenencia de la tierra era lo que ahora llamaríamos granjas familiares, se abandonó la primogenitura. Había tierra en abundancia y no existía la necesidad de mantener las “propiedades” indivisas y en manos de un heredero único. Así pues, la regla en el norte fue la llamada herencia divisible: la tierra era (en su mayor parte) dividida entre los hijos por partes iguales, aunque en Massachusetts, por un tiempo, el hijo mayor recibía una porción doble.

En Inglaterra, un pequeñísimo porcentaje de la población —1 o 2% cuando mucho— era propietario de casi toda la tierra. En contraste, en la Nueva Inglaterra no había grandes terratenientes

ni grandes propiedades. Había, o parecía haber, tierra para todos. Por supuesto, existían tribus nativas pero los colonizadores blancos nunca los entendieron a ellos ni a su relación con la tierra. El impacto del solo hecho consistente en la abundancia de la tierra y la propiedad dispersa de la misma fue incalculable sobre el derecho.

En resumen, el sistema jurídico que se desarrolló en la costa oeste del Atlántico era básicamente nuevo, no obstante su relación con el derecho de la madre Inglaterra. Quizás debiéramos hablar de sistemas jurídicos en plural, ya que cada colonia tenía sus peculiaridades. Indudablemente, conforme la población creció y los pueblos se convirtieron en ciudades, se produjo cierta aproximación hacia el derecho inglés; esto fue particularmente cierto en el área del derecho mercantil. Después de todo, los ingleses eran los socios comerciales más importantes de las colonias. Además, las colonias eran pobres en recursos jurídicos; había sólo unos cuantos libros publicados en las colonias y los abogados y jueces dependían considerablemente del material inglés (sin que dicho material fuera abundante en las colonias). La obra *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra (Commentaries on the Laws of England)* de William Blackstone, publicada a mediados del siglo XVIII, fue un tremendo éxito de ventas dentro de los círculos jurídicos del lado americano del Atlántico. En dicha obra, escrita en inglés límpido y elegante y en el reducido espacio de cuatro volúmenes, se encontraba la estructura fundamental de los misterios del derecho inglés: era una guía hacia su esencia.

La mayor parte del interés histórico del siglo XVIII está enfocado en el movimiento de independencia. Ciertamente, este fue un proceso complejo; el resentimiento creció en la medida en que el poderío británico se endureció y se volvió genuinamente imperial. No obstante, las raíces culturales de la Revolución son quizás más importantes. Los habitantes de las colonias sencillamente crecieron apartados de los británicos. Desarrollaron un sistema social que no se ajustaba al gobierno del rey Jorge III. A

pesar de la esclavitud, la servidumbre contractual y las distinciones comunes entre ricos y pobres, la sociedad de las colonias era mucho más igualitaria que la sociedad inglesa. Esto se debió, en gran medida, a que las condiciones en las colonias eran muy distintas de las condiciones en el antiguo país. A diferencia de Inglaterra, éste era un país con fronteras y con tierras en abundancia. La Nueva Inglaterra no estaba organizada a partir de la propiedad de los aristócratas sino, como señalamos, a partir de granjas familiares. Además, como también señalamos, Inglaterra se encontraba muy alejada y pocos habitantes de las colonias que habían nacido en este lado del Atlántico habían estado en aquellas tierras. Así pues, esperar lealtad a la Corona habría sido mucho pedir.

Las colonias obtuvieron su independencia después de una larga guerra; sin embargo, a diferencia de la revolución francesa o de la rusa, por mencionar algunos ejemplos, no se produjo una marcada ruptura jurídica con el pasado. El sistema de *common law* (estilo americano) se mantuvo intacto. Lo que es más, en cierta forma el objetivo de la Revolución era la continuidad, no la destrucción: continuidad de las tradiciones coloniales, de las leyes y de las formas de vida. En gran medida, los británicos habían dejado a las colonias más o menos a su suerte. Al principio tuvieron que hacerlo: el océano era una tremenda barrera para la comunicación y también para el gobierno. Cuando el imperio británico despertó e intentó ejercer control sobre sus inquietas criaturas, resultó ser demasiado tarde.

Después de la guerra los colonos se reunieron para crear una República independiente. No habría rey alguno. No habría nobleza o aristocracia. La lealtad sería, no a un hombre con una corona, sino al derecho o a la idea del derecho. Sería un “gobierno de leyes y no de hombres”. Esta frase expresa un ideal que fue la base del experimento democrático —por lo menos, conforme al concepto de “democracia” definido por los líderes de la época—. Al igual que muchos ideales, la noción de un gobierno “de leyes” nunca puede ser alcanzada (y quizás no debiera ser alcanza-

da). En esta sociedad como en todas, a quién conoces y quiénes son tus contactos, sin importar si eres rico o pobre, educado o sin educación, articulado o inarticulado, ha sido siempre de gran importancia —de una u otra forma—. No obstante, comparado con el gobierno monárquico de Inglaterra a finales del siglo XVIII —y más aún con los gobiernos continentales— el experimento americano fue efectivamente una sociedad basada más en leyes, reglas y principios generales, que en prerrogativas monárquicas y en el derecho divino de los nobles y los obispos.

Construir un nuevo plan de gobierno —a partir de un marco general sobre el cual todas las colonias pudieran convenir— era muy difícil. El primer plan, los Artículos de la Confederación (*Articles of Confederation*), contemplaban un gobierno central débil. Cuando este plan no pudo concretarse, una convención se reunió y propuso una Constitución federal que fue adoptada y entró en vigor. Gran Bretaña no tenía ni tiene una Constitución escrita. Sin embargo, las colonias contaban con instrumentos constitutivos y estaban acostumbradas a operar bajo una especie de texto fundamental. La Constitución que redactaron ha sido la primera y única Constitución de los Estados Unidos. Dicha Constitución todavía está con nosotros —es la más antigua de las Constituciones vivas en el mundo— y su texto no ha cambiado radicalmente. La ratificación de la Constitución fue una verdadera lucha; una queja era que su texto carecía de un apartado de derechos fundamentales. Para resolver esta objeción, diez enmiendas —la Declaración de los Derechos Fundamentales (*Bill of Rights*)— fueron adoptadas casi inmediatamente. Desde entonces, la Constitución ha sido modificada muy poco. Algunas de las enmiendas —la Decimocuarta, por ejemplo— han sido de enorme trascendencia. La Constitución ha sufrido un total de veintisiete enmiendas.

La Constitución precisó la estructura básica del gobierno —un presidente, un Congreso, una Suprema Corte, un sistema federal— y enunció unas cuantas normas fundamentales. Su texto es relativamente breve y accesible. Algunas de sus disposiciones

son bastante específicas —el presidente debe tener por lo menos treinta y cinco años de edad— pero otras son amplias y flexibles. Probablemente la Constitución ha perdurado tanto y ha dado tan buen servicio al país gracias a su carácter breve y general —añadido al hecho que muy pronto adquirió una especie de halo sagrado—. Eventualmente cada estado adoptó su propia Constitución. Sin embargo, las Constituciones estatales han sido mucho menos estables. Las primeras Constituciones estatales son anteriores a la Constitución federal y tuvieron cierta influencia sobre ella. Desde entonces, la influencia ha tenido en el sentido inverso. Cada Constitución estatal sigue más o menos el patrón general de la Constitución federal. Todas ellas precisan el esquema básico del gobierno estatal. Todas contienen una declaración de fundamentales. No obstante, son mucho más frágiles que la Constitución federal —y carecen totalmente de su carisma—. Algunos estados han tenido una sola Constitución y otros la han cambiado ocasionalmente. Louisiana, el triunfador en esta categoría, ha tenido diez u once Constituciones, dependiendo de la forma en que las contemos. Las Constituciones estatales sufren enmiendas con mayor frecuencia que la Constitución federal. En este rubro la triunfadora es al parecer la actual Constitución del estado de Georgia, con más de 650 enmiendas.