

MARTA MORINEAU

**Una introducción
al *Common Law***



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

UNA INTRODUCCIÓN AL *COMMON LAW*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 4

MARTA MORINEAU

UNA INTRODUCCIÓN AL *COMMON LAW*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2004

Primera edición: 1998
Primera reimpresión: 2001
Segunda reimpresión: 2004

DR © 2004 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-36-7393-7

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
------------------------	---

Capítulo I

EL DERECHO INGLÉS

I. Generalidades	9
II. Historia del derecho inglés	10
1. Los orígenes. Derecho anglosajón	11
2. La conquista normanda	13
3. El <i>Common Law</i>	15
4. La <i>Equity</i>	17
5. Relación entre <i>Common Law</i> y <i>Equity</i> , fusión de ambas ramas	18
III. Estructura del derecho inglés	20
IV. Fuentes del derecho inglés	23
V. La profesión legal en Inglaterra: jueces y abo- gados	29
1. Organización judicial	30
2. Ramas profesionales	33

Capítulo II

PENETRACIÓN DEL DERECHO INGLÉS EN EL MUNDO Y FORMACIÓN DE LA FAMILIA JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

I. Generalidades	35
----------------------------	----

II. El <i>Common Law</i> en las islas británicas	37
1. Gales	39
2. Escocia	40
3. Irlanda	43
III. El <i>Common Law</i> en otros lugares	46
1. Australia	49
2. India	52
IV. El derecho de Canadá	54
1. Historia del derecho canadiense	55
2. Constitución política de Canadá	57
3. Fuentes del derecho canadiense	58
4. La profesión legal en Canadá	59
5. Organización judicial	60
6. El sistema jurídico de Quebec	61

Capítulo III

EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

I. Generalidades	67
II. Historia del derecho americano	68
1. Época colonial	72
2. La Independencia	74
3. La Constitución	79
III. Estructura del derecho americano	81
IV. Fuentes del derecho americano	87
V. La profesión legal en los Estados Unidos: jueces y abogados	92
1. Organización judicial	92
2. Ejercicio profesional	97

Capítulo IV

EL TRUST

I. Generalidades	101
II. Definición del <i>trust</i>	105
III. Antecedentes y desarrollo del <i>trust</i>	107
IV. Naturaleza jurídica del <i>trust</i>	112
V. Clases de <i>trusts</i>	119
VI. Comparación del <i>trust</i> con el fideicomiso . . .	122
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFÍA	139

Una introducción al Common Law, primera reimpresión, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 11 de octubre de 2001 en los talleres de J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En esta edición se utilizó papel cultural de 57 x 87 de 37 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros.

El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este libro es ofrecerle al lector una visión panorámica de la familia jurídica del *Common Law*, a la que pertenecen, junto con los sistemas jurídicos de otros países, el sistema jurídico de Canadá y de Estados Unidos, países con los que México firmó el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica.

Las relaciones entre México y los Estados Unidos aunque estrechas no siempre han sido fáciles y con la entrada en vigor del mencionado Tratado, a partir del día 1o. de enero de 1994, estas relaciones se han intensificado aún más. Pensamos que el conocimiento y el estudio del derecho norteamericano, tanto como del canadiense y especialmente de la familia jurídica a la que ambos sistemas pertenecen, harán que las relaciones con estos países sean más fluidas, en especial por lo que al intercambio jurídico se refiere.

En este estudio adoptamos el método comparatista de clasificación de los sistemas jurídicos en familias de derechos, poniendo especial énfasis en su desenvolvimiento histórico, por considerar que así se facilita el conocimiento y la comprensión del derecho extranjero.

El libro está dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos está dedicado al derecho inglés a partir del cual se formó la familia jurídica objeto de nuestro estudio.

El segundo capítulo se refiere a la penetración del derecho inglés, dentro y fuera de las islas británicas; en este capítulo una sección está dedicada al derecho de Canadá.

El tercer capítulo analiza el derecho de los Estados Unidos, mientras que en el cuarto y último capítulo nos pareció conveniente estudiar una figura jurídica específica, típica de la familia del *Common Law*, por considerar que su análisis ayuda a entender mejor a esta familia, en general, ejemplificando el modo de pensar de sus juristas, la figura en cuestión es el *trust*.

Al final se incluye una bibliografía de las obras citadas en este libro.

Capítulo I

EL DERECHO INGLÉS

I. Generalidades	9
II. Historia del derecho inglés	10
1. Los orígenes. Derecho anglosajón	11
2. La conquista normanda	13
3. El <i>Common Law</i>	15
4. La <i>Equity</i>	17
5. Relación entre <i>Common Law</i> y <i>Equity</i> , fusión de ambas ramas	18
III. Estructura del derecho inglés	20
IV. Fuentes del derecho inglés	23
V. La profesión legal en Inglaterra: jueces y abo- gados	29
1. Organización judicial	30
2. Ramas profesionales	33

Capítulo I

EL DERECHO INGLÉS

I. GENERALIDADES

Al iniciar el estudio de la familia jurídica del *Common Law*, es necesario comenzar con el estudio del derecho inglés que fue el que sentó sus bases.

Más que ningún otro derecho, el derecho inglés, es un espejo del acontecer histórico del país. El sistema legal de Inglaterra se ha ido configurando a lo largo del tiempo gracias a la confluencia de distintos elementos; en particular las diversas fuentes jurídicas, que reflejan las distintas ideologías, doctrinas, instituciones y una manera específica de pensar, todo lo cual constituye lo que se puede llamar la tradición jurídica inglesa.¹

Dividimos el estudio del derecho inglés en cuatro partes, subdivididas, algunas de ellas en secciones.

Comenzamos con la historia del derecho inglés, sus orígenes, la conquista normanda y el surgimiento de las dos grandes ramas que lo configuran, el *Common Law* y la *Equity*, para continuar con la relación entre ambas ramas y terminar este apartado con la fusión del *Common Law* y la *Equity*.

En los siguientes puntos se examina, en el segundo, la estructura del derecho inglés y en el tercero sus fuentes.

¹ De Cruz (1995: 101).

El cuarto y último apartado se refiere a la profesión legal en Inglaterra, tanto de jueces como de abogados.

II. HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS

Al contrario de lo que sucedió en casi todos los países de la Europa continental y no obstante que la ocupación romana de Inglaterra, iniciada por Claudio² en el año 43 de nuestra era, duró más de trescientos años, hasta el año 407, cuando los romanos abandonaron la Isla, la influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa.

Este fenómeno se puede comprender si consideramos que la romanización de Inglaterra no fue tan profunda como la de las otras provincias del Imperio y que quizá por ello, los pueblos que ocuparon el territorio a la salida de los romanos, tuvieron un desarrollo cultural independiente y la cultura latina casi cayó en el olvido.

El historiador inglés George Macaulay Trevelyan señala que fueron los britanos del sureste los que más se asimilaron a la cultura de Roma. Como este lugar era el más fértil, muy pronto proliferaron ciudades y villas campestres al estilo romano, razón por la cual, además de que la región era de más fácil acceso, fue también la más codiciada y la primera en caer bajo el poder de los invasores sajones, circunstancia que no se dio en aquellos lugares en donde imperaban los celtas, sobre los que los romanos no influyeron mucho. Lo anterior es una de las razones que sirve para explicar por qué la romanización no fue permanente en ningún punto de Inglaterra.³

Henri Pirenne, por su parte, nos explica, que con relación a los siete pequeños reinos fundados por los nuevos poblado-

2 Cien años atrás, Julio César desembarcó en la Britania meridional, preparando así, la conquista del territorio por Claudio. Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, sin romanizarlo, intentaron, sin éxito, conquistar Escocia y no hicieron ningún intento por incorporar a Irlanda.

3 Trevelyan (1948: 24).

res, no se puede encontrar huella alguna de la cultura romana, misma que del otro lado del Canal se impuso a los reyes bárbaros. Agrega que la cristianización del lugar, en el siglo VI, tampoco cambió este estado de cosas; y aunque, para la evangelización, la Iglesia pretendió utilizar el latín, se vio obligada a recurrir a la lengua nativa, y de esta manera junto a una literatura docta (en latín), se desarrolló otra en lengua anglosajona, y en esta lengua también se escribieron las primeras leyes, circunstancia que marca otra diferencia con el continente, donde los cuerpos legales se siguieron redactando en latín, por mucho tiempo todavía.⁴

Por todo lo anterior, los juristas ingleses consideran que su derecho se caracteriza por una “continuidad histórica”, sin influencias extranjeras, ni rupturas, como fueron, según su opinión, la recepción del derecho romano, o el proceso codificador, fenómenos que caracterizan a los sistemas jurídicos continentales. El derecho inglés, por su parte, se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del *Common Law* y la *Equity*.⁵

1. *Los orígenes. Derecho anglosajón*

Aunque tradicionalmente uno se refiera al derecho anglosajón de esta época usando el singular, creemos conveniente hacer notar que fueron varios los pueblos que se asentaron en Inglaterra a la salida de los romanos, por ello no encontramos un derecho anglosajón único, ya que en esos momentos, así como no hubo una unidad política, tampoco existió una unidad jurídica.

El territorio se encontraba dividido en regiones o áreas tribales, independientes unas de las otras, pobladas por diferen-

4 Pirenne (1985: 180).

5 En este sentido Eddey (1977: 157).

tes grupos étnicos, pueblos bárbaros de origen germánico, entre los que llegaron sajones, anglos, jutos y daneses.⁶

Cada uno tenía su propio derecho, formado por leyes de carácter consuetudinario, y aunque entre estos derechos existieron rasgos comunes, también existieron discrepancias.

Las primeras leyes sajonas han llegado a nuestros días en forma fragmentaria, por ello, es recomendable que para su estudio se recurra a las interpretaciones que de ellas se hicieron más tarde, después de la invasión normanda.⁷

Siguiendo al autor inglés William Holdsworth, podemos clasificarlas en tres grupos.⁸

El primero abarca un periodo que va del año de 596 al de 696, y está formado por las leyes de los reyes de Kent: Edelberto y sus sucesores.

Al igual que las demás leyes anglosajonas, las leyes de Kent, se limitaron a codificar en forma esquemática el derecho consuetudinario del grupo, subsistiendo en gran parte, la costumbre no escrita, como derecho aplicable, costumbre que era declarada por los tribunales del lugar cuando lo consideraban necesario.

El segundo grupo lo integran las leyes de los sajones occidentales. Las primeras fueron las del rey Ine, del año 688. De este grupo las más importantes datan de 890, y se le atribuyen a Alfredo el Grande, quien hizo una selección y compiló las leyes de sus antecesores. Luego hay que agregar las de Eduardo el Viejo en 901, para terminar con las leyes de Eduardo el Confesor, que fueron compiladas después de la conquista normanda.

Finalmente, el tercer grupo, del año 1035, lo integran las leyes de Canuto, rey de Inglaterra y Dinamarca, quien promulgó un código, que comprendía en su aplicación, tanto a

6 *Cfr.* David y Jauffret-Spinozi (1992: 255).

7 *Cfr.* Pollock y Maitland (1952: vol. I: 25).

8 Holdsworth (1971: vol. II: 20).

sajones como a daneses. Se le considera como el último gran legislador de este periodo, tan es así que después de la conquista normanda aparecieron dos versiones distintas de sus leyes, traducidas al latín.

Como acabamos de ver, de los cuerpos legales mencionados, las leyes de Edelberto, son las más antiguas, ya que aparecieron un siglo antes que las demás.

Holdsworth, nos explica que lo anterior probablemente obedezca a la circunstancia de que después de las invasiones sajonas, el reino de Kent fue el primero en establecer contacto con el Continente, y a que Edelberto se casó con Bertha, hija de un rey franco, quien además siendo cristiana debe haber influido en su esposo para que apoyara la misión de san Agustín de Canterbury, y así, Kent también fue el primer reino inglés en convertirse de nueva cuenta al cristianismo.

Al igual que las leyes bárbaras del Continente, las de Inglaterra, por regla general, siguieron en su aplicación el principio de la personalidad del derecho; principio, que como ya sabemos, fue sustituido al final por el de territorialidad, lo cual hace pensar que probablemente, los anglosajones estaban a punto de constituir una entidad nacional al tiempo de la llegada de los normandos.

2. *La conquista normanda*

Después de vencer al rey inglés Haroldo II, en la batalla de Hastings, en el año 1066, Guillermo el Conquistador, duque de Normandía, ascendió al trono inglés con el título de Guillermo I, y unificó bajo una Corona a los antiguos reinos anglosajones.⁹

El Conquistador importó de Normandía el sistema feudal, muy parecido al que imperaba en el resto de Europa, aunque

9 Más tarde se incorporaron Gales, Escocia e Irlanda. A partir de 1801 a esta unión se le llamó Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda.

con características propias, que lo distinguieron del sistema continental.

En primer lugar hay que destacar el poder del rey, que desde un principio logró colocarse a la cabeza de los señores feudales, situación que le permitió organizar un gobierno nacional centralizado, poderoso y eficiente, con el propio monarca como jefe indiscutible del país.

Como a Guillermo, en algún momento anterior a la batalla de Hastings, se le había prometido el trono inglés, él se consideraba como su heredero, y legitimado para ocuparlo, no sólo por derecho de conquista, sino por herencia. De esta forma el rey tuvo base para tomar como rebeldes y decomisar sus tierras, a los que se le opusieron; tierras que después repartió entre sus seguidores, cuidando, sin embargo, que no hubiera feudos demasiado grandes, que pudieran igualar o superar, en algún momento, el poder de la Corona.

La importancia dada a la tierra como una de las bases del poder, se pone de manifiesto, en forma muy clara, en una publicación de la época, el *Domesday Book*, de 1086, que contiene los datos arrojados por una encuesta catastral, ordenada por el rey, para saber quiénes y qué tierras tenían, esperando, a la vez, que esos datos facilitaran la realización de un cálculo más justo y equitativo de los impuestos correspondientes.¹⁰

Otro importante aspecto de su gobierno tiene que ver con la administración de justicia, función que desde un principio, el rey trató de centralizar, limitando la jurisdicción de los señores feudales.

Pasaría mucho tiempo para que este objetivo cristalizara y la historia de los tribunales reales, como veremos a continuación, está íntimamente relacionada con la historia del derecho inglés en general, y en particular con el surgimiento, evolución y consolidación del *Common Law*.

10 Para una información más amplia sobre la historia de la encuesta, sus objetivos y su publicación, véase, Holdsworth (1972: vol. II: 154-165).

3. *El Common Law*

Guillermo I y sus sucesores se percataron que como base de la unidad nacional, era necesario lograr tanto la unificación de la administración de justicia, como del derecho, y que ambos objetivos deberían alcanzarse a través de la labor de los jueces reales.

Con el tiempo, la Corona logró el establecimiento de tres tribunales, con sede en la ciudad de Londres, en la Sala de Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal del Tesoro (*Court of Exchequer*), para asuntos hacendarios, el Tribunal del Banco del rey (*Court of King's Bench*), con jurisdicción tanto civil como penal y el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*), con jurisdicción civil.

Theodore Plucknett¹¹ considera que, aun teniendo antecedentes más remotos, estos tribunales quedaron perfectamente delineados para el reinado de Eduardo I, 1272-1307. Además, su estructura permaneció igual por mucho tiempo y aunque después la organización judicial fue modificada, ellos constituyeron su base.

Para poder resolver los asuntos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un principio estuvieran basadas en esas mismas costumbres, serían, en adelante, las normas aplicables en todo el país, o sea, que se convertirían en un derecho común a todo el territorio, y así surgió el *Common Law*, la *commune ley*, como la llamaron los normandos.

En un principio, los tribunales reales funcionaron como tribunales de excepción, frente a los tribunales locales de los condados, *County Courts* o *Hundred Courts*.¹² Era necesario, para lograr su intervención, solicitar y pagar, al Canciller, que

¹¹ Plucknett (1956: 155-156).

¹² *Hundred* es una subdivisión del condado.

era el funcionario de más alto rango de Palacio, un *writ* o autorización real.¹³

Como muchas de las demandas, para las que los particulares solicitaban dicha autorización, eran semejantes, con el tiempo, los textos de los *writs* se estandarizaron, y así, los litigantes obtenían formatos-tipo o machotes, que sólo debían completar con los datos particulares del caso.¹⁴ A estos formatos se les llamó "*forms of action*" ("formas de acción").

Para finales del siglo XII el Canciller había redactado alrededor de setenta y cinco¹⁵ tipos de *writ*, cuyo número creció considerablemente durante los dos siglos siguientes. Estos *writs* aparecieron publicados en colecciones semioficiales, los "Registros de *Writs*". Los particulares debían cuidarse de escoger el *writ* adecuado, pues si se equivocaban, el juez podía rechazar el asunto.

En 1285 y de acuerdo con lo dispuesto por el *Estatuto de Westminster II*, al canciller sólo se le autorizó emitir nuevos *writs*, *in consimili casu*, o sea, cuando los hechos del caso fueran similares a los de una situación contemplada en un *writ* anterior; lo que nos permite concluir que, más que autorizar al canciller la creación de nuevos *writs*, el Estatuto mencionado sólo le permitió extender la aplicación de los antiguos.¹⁶

Cuando las demandas de los particulares aumentaron, este sistema de emisión de los *writs* se hizo insuficiente, y frente al descontento de la población, hubo que buscar algún remedio, circunstancia que dio lugar al nacimiento de la segunda gran rama del derecho inglés, la *Equity*, como veremos a continuación.

13 *Writ* se traduce al español con diferentes palabras, como: mandamiento, auto, decreto, escrito, orden, proveído y mandato. Ver, Robb (1955: 227).

14 Estos documentos se parecen a las "fórmulas" elaboradas por los pretores romanos en la época del procedimiento formulario.

15 Cfr. Zweigert y Kötz (1992: 191).

16 A más de mil años de distancia, el canciller inglés parece seguir el estilo del pretor romano cuando otorgaba una acción útil, que extendía el ámbito de aplicación de una acción del antiguo derecho civil.

4. *La Equity*

En el siglo XIV, los particulares, cuando no pudieron obtener justicia de los tribunales reales, empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez, las turnó al canciller, como la persona idónea para resolverlas, siendo, como era, el funcionario más cercano a su persona, considerado, además, como el guardián de la conciencia del monarca. De ahí que, para encargarse de estos asuntos, el canciller tuviera que crear un nuevo tribunal, que fue el Tribunal de la Cancillería.

Los cancilleres, fueron personajes muy poderosos y hasta el reinado de Enrique VIII, fueron también clérigos, miembros de la Iglesia católica. Este dato es relevante para la historia del derecho inglés, ya que al presidir el Tribunal de la Cancillería, para poder resolver los casos de su competencia, con frecuencia recurrieron al derecho canónico en busca de alguna solución, derecho estrechamente vinculado al derecho romano, y así fue que algunos elementos de este último se introdujeron, inevitablemente, en el derecho inglés.

El Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), al principio funcionó como tribunal de equidad. De tal forma, el canciller, para llegar a una decisión, debía tomar en cuenta las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar, además, hacerlo en el menor tiempo posible.

Los jueces de la Cancillería gozaban de una gran discrecionalidad y se consideró entonces y aún se considera ahora, que los “remedios de *Equity*” se originan y tienen su fundamento precisamente en la equidad.

Se puede decir que la *Equity* nació como una rama complementaria del *Common Law*, para remediar situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver.

De tal suerte, la jurisdicción de *Equity* se extendió a situaciones desconocidas, no contempladas por el *Common Law*,

dando lugar, en el ámbito procesal, a la creación de nuevas instituciones que, de esa manera, también ampliaron el campo del derecho sustantivo. Entre estas instituciones, sobresale de forma muy particular, el *trust*,¹⁷ cuya reglamentación tiene su base en las decisiones del Tribunal de la Cancillería.

Con el tiempo, los jueces de este Tribunal, al igual que lo hicieron los jueces de los otros tribunales, también adoptaron la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, en virtud de la cual antes de dictar sentencia se examinan las decisiones anteriores, emitidas por otros jueces en casos similares, creándose así lo que vino a constituir la jurisprudencia de *Equity*. La función judicial del canciller, por tanto, se hizo cada vez más técnica, compleja y especializada, lo que hizo necesario que el cargo fuera desempeñado por un abogado.

5. *Relación entre Common Law y Equity, fusión de ambas ramas*

Tanto el *Common Law*, como la *Equity*, son sistemas jurisprudenciales, el primero originado en los tribunales reales y la segunda en el Tribunal de la Cancillería.

Aunque parece que al principio hubo cierta fricción entre ambas ramas, después, coexistieron pacíficamente, complementándose, para lograr juntas, el desarrollo armónico del sistema jurídico inglés.

En este sentido, tenemos la opinión del distinguido jurista inglés, Frederic William Maitland, que nos dice:

17 Es difícil explicar el *trust*, así como traducir la palabra. Se parece a nuestro fideicomiso, los ingleses lo incluyen dentro de lo que ellos llaman *property law* y aunque lo emplean para un sinnúmero de operaciones, su mayor campo de aplicación tiene que ver con la transmisión de la propiedad. El diccionario de términos legales traduce al *trust* como: fideicomiso, comisión de confianza, confidencia, confianza, crédito, sindicato, combinación, consorcio, confiar, tener confianza en, vender al fiado, fideicomisario, fiduciario. Ver, Robb (1955: 221).

No debemos pensar en el *Common Law* y la *Equity* como en dos sistemas rivales. La *Equity* no fue un sistema autosuficiente, ya que en cada instancia tuvo que presuponer la existencia del *Common Law*, que sí lo fue. Esto quiere decir que si la legislatura hubiera pasado una ley diciendo “*Equity* queda abolida”, hubiéramos seguido casi igual, aunque en algunos aspectos nuestro derecho hubiera sido bárbaro, injusto o absurdo. Pero de cualquier modo, los derechos fundamentales, como el derecho a nuestra integridad personal y a nuestro buen nombre, la propiedad y la posesión, hubieran seguido protegidos, y los contratos se hubieran cumplido. En cambio, si la legislatura hubiera dicho “el *Common Law* queda abolido”, esta ley, de ser obedecida, hubiera significado la anarquía... La *Equity*, sin el *Common Law*, hubiera sido un castillo en el aire, un imposible.¹⁸

La existencia de dos jurisdicciones paralelas, con tribunales distintos, los de *Common Law* y los de *Equity* continuó hasta finales del siglo XIX.¹⁹ Es así que, entre 1873 y 1875, dos leyes del Parlamento, los *Judicature Acts*, modificaron la organización judicial, fusionando los tribunales de *Common Law* y de la Cancillería.

Esta fusión se llevó a cabo por medio de la creación de la *Supreme Court of Judicature* (Suprema Corte de la Judicatura), tribunal que quedó, a su vez, integrado por varios cuerpos, que absorbieron a los tribunales reales que ya conocemos, y al Tribunal de la Cancillería.

Por otro lado se dispuso que cualquier tribunal pudiera conocer asuntos derivados tanto de *Common Law* como de *Equity*.

18 Maitland (1936: 19).

19 Un “dualismo jurídico” similar se dio en Roma, entre el derecho civil y el honorario.

III. ESTRUCTURA DEL DERECHO INGLÉS

En relación con este tema y aunque en general coincidimos con lo que al respecto han escrito René David y Camille Jauffret-Spinosi, nos pareció importante referirnos también a la opinión del autor inglés K. J. Eddey, que sustenta un punto de vista diferente.

David y Jauffret-Spinosi son contundentes cuando sostienen que la estructura del derecho inglés es diferente a la del derecho francés y la de los otros derechos de la misma familia jurídica, y así señalan que la diferencia es “en efecto total”.²⁰

Siguiendo este orden de ideas afirman que por lo que toca a las grandes divisiones o clasificaciones del derecho, no se encuentra en el derecho inglés la distinción entre derecho público y derecho privado, ni existen categorías iguales a las francesas de derecho civil, comercial, administrativo, y de la seguridad social; sustituidas en Inglaterra, en un primer plano de diferenciación, por la distinción entre *Common Law* y *Equity*, así como la que distingue entre derecho sustantivo y derecho adjetivo.

Eddey, sin embargo, adopta otros criterios de clasificación,²¹ entre los que incluye a las siguientes clases:

1. *Derecho civil y derecho penal* —en inglés *Civil* y *Criminal Law*. Opina que esta distinción es muy antigua, ya que apareció, poco tiempo después de la conquista normanda de 1066. Afirmar que desde un principio los tribunales reales diferenciaron el procedimiento civil del penal. Este último, iniciado a través de una petición de la Corona (*Crown plea*), y el primero, a iniciativa del particular. En los conflictos de orden penal, el Estado interviene en forma directa porque le corresponde perseguir y castigar los delitos que afectan a la sociedad en su conjunto y no sólo a individuos particulares como es el caso

20 David y Jauffret-Spinosi (1992: 273).

21 Eddey (1977: 129-145).

de las controversias civiles. Además, el autor citado considera que es “civil”, todo asunto que no sea “criminal”.

Considera que el derecho civil, a su vez, se subdivide y que sus ramas se preocupan por definir los derechos y deberes de los particulares y sus relaciones con los órganos del gobierno. Estas ramas incluyen al derecho de los contratos, al de la responsabilidad civil —en inglés *torts*—,²² al derecho de propiedad y también al derecho constitucional y al administrativo. Lo anterior nos hace pensar que esta concepción de derecho civil, parece englobar todas las ramas de sistema jurídico inglés, con excepción del derecho penal.²³

En la clasificación que nos ocupa, Eddey incluye también al derecho mercantil. Para este autor, esta rama del derecho tiene su base en el derecho de los contratos, que junto con otras instituciones especializadas, vinieron a constituir al derecho comercial o mercantil. Muchas de sus instituciones reguladas en la actualidad por el derecho legislado, inspirado, sin embargo, en las decisiones judiciales, que a su vez, en un principio, tomaron muy en cuenta las costumbres de los mercaderes (la *lex mercatoria*).

2. *Derecho privado y derecho público.* Nuestro autor considera que el derecho privado lo constituyen los casos en que los particulares son parte, e incluye en esta clase al derecho de los contratos, de la responsabilidad civil y a las reglas que regulan las relaciones familiares y la propiedad. El derecho público se refiere a los casos que afectan a la colectividad, aquellos en los que el Estado tiene un interés directo, incluyendo al derecho

22 *Tort* es otro término difícil de traducir al español, se le puede definir como un acto ilícito no criminal, la responsabilidad por *tort* equivale a la responsabilidad no contractual, y al responsable se le pueden exigir daños y perjuicios. El diccionario nos proporciona varias traducciones: agravio, entuerto, culpa, lesión jurídica, daño legal, perjuicio. Ver, Robb (1955: 220).

23 La concepción inglesa de derecho civil se parece a la romana, que consideraba que el *ius civile* era el derecho de la ciudad y de sus ciudadanos, abarcando de esta manera todas las ramas del sistema jurídico.

penal, constitucional y administrativo, así como lo relativo a la seguridad social y las corporaciones públicas.

3. *Common Law y Equity*. Esta clasificación, nos dice, tiene un valor histórico, ya que se refiere al desarrollo del derecho inglés.

4. *Derecho sustantivo y derecho adjetivo*. El derecho sustantivo está constituido por los principios legales establecidos por los tribunales para cada una de las ramas del derecho. Por su lado, el derecho adjetivo es el que se refiere al procedimiento ante esos mismos tribunales.

5. *Common Law y derecho legislado*. Esta distinción se refiere a la fuente de la cual procede cada una de estas clases. El *Common Law* creado por los jueces a través de los precedentes judiciales, el derecho legislado por el Parlamento, como órgano legislativo.

6. *Derecho civil y Common Law*. Esta distinción alude a la pertenencia a una u otra de las dos grandes familias jurídicas correspondientes. Los ingleses utilizan también los términos *Civil Law* para designar a la familia europea continental, o sea, la familia romano-canónica, que descende del derecho romano, en contraste con la que se originó en Inglaterra, a partir del *Common Law*. Se entiende que en este contexto *Common Law* es el nombre no sólo de una rama del derecho inglés sino de toda una familia jurídica, que además del inglés, incluye a otros sistemas jurídicos o derechos nacionales.

7. *Derecho civil y derecho eclesiástico*. En este grupo, las palabras derecho civil sirven para designar al derecho laico, mientras que el derecho eclesiástico es el que se refiere al derecho de la Iglesia, esto es, a la Iglesia de Inglaterra. Esta distinción perdió importancia a mediados del siglo diecinueve, cuando los tribunales eclesiásticos perdieron la jurisdicción sobre algunas materias del derecho familiar y sucesorio, que antes les competieron.

8. *Derecho civil y derecho militar.* Aquí los vocablos derecho civil se utilizan para referirse a todos los individuos y los términos derecho militar se refieren a un sector determinado, esto es, a los miembros de las fuerzas armadas.

Después de examinar las anteriores categorías nos parece que aunque existen diferencias estructurales entre el derecho inglés y los derechos de la familia romano-canónica, existen también semejanzas, y que aunque haya diferencias esenciales o sustanciales, también se puede destacar que en algunos casos las diferencias son sólo terminológicas y no de esencia.

IV. FUENTES DEL DERECHO INGLÉS

Por fuentes del derecho inglés nos referimos a las maneras en las que el derecho se manifiesta en Inglaterra, pudiendo enumerar entre ellas a la jurisprudencia, la ley, la costumbre y la doctrina.

La jurisprudencia. Utilizamos el término jurisprudencia con la acepción que comúnmente se le asigna en los sistemas jurídicos romano-canónicos, para referirse a las decisiones judiciales, término que en inglés, se traduce, con las palabras *case-law*, ya que *jurisprudence*, para los ingleses, equivale a lo que nosotros llamamos teoría o filosofía del derecho.

El *case-law* es más antiguo que la ley y, además, tuvo y aún sigue teniendo una importancia muy grande dentro del sistema legal inglés.

Está integrado por las decisiones emitidas por los jueces, al resolver los casos concretos, que les corresponda conocer.

Su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, que los ingleses conocen también con el nombre de *stare decisis*, que significa que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores.

Esta regla implica que cuando un juez conoce de un asunto, o sea, de un caso, antes de emitir su fallo debe considerar las

decisiones de otros jueces, en casos anteriores, que se relacionen con los mismos hechos, dentro de una particular rama del derecho. Esas decisiones, en lo que toca a los puntos de derecho invocados, constituirán los precedentes judiciales. El hecho de recurrir a ellos, tiene por objeto reafirmar los principios jurídicos aplicables al asunto de que se trate, logrando, además, consistencia en los fallos.

Se considera que los precedentes de los tribunales superiores son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores,²⁴ y que son los jueces de estos últimos los que al invocar el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial.

Para que la regla de *stare decisis* sea operativa, es necesario que jueces y abogados conozcan los casos. De tal manera, desde muy antiguo existen publicaciones que contienen los reportes judiciales.

Las colecciones con los primeros reportes se llamaron *Year Books* y al principio aparecieron en forma manuscrita, se copiaban y luego se distribuían entre jueces y abogados.

A partir de 1870, la publicación de los reportes judiciales cambió de nombre, por el de *Law Reports*, y además se creó un organismo, compuesto por abogados, que se encarga de su publicación.

La ley. En inglés *statute*, *act* y también *law*, se sitúa al lado de la jurisprudencia, como la otra fuente más importante del derecho inglés.

La ley emana del Parlamento, a través de los *Acts of Parliament*, aunque existe también lo que los ingleses llaman legislación delegada o subordinada, constituida por disposiciones de carácter reglamentario, que pueden provenir de la reina y su Consejo (*Orders in Council*), de los ministros (*Statutory Instruments*) y de las autoridades locales (*By-laws*).

24 El único tribunal facultado para desconocer sus propios precedentes es la Cámara de los Lores, aunque en la práctica casi nunca lo haga.

Históricamente, la ley no es tan importante como la jurisprudencia, pero en la actualidad cobra cada vez mayor importancia, las instituciones de nueva creación tienen su origen generalmente en el derecho legislado.

Constitucionalmente,²⁵ el Parlamento, como órgano legislador, tiene plena soberanía, consecuentemente un *Act of Parliament*, debe ser aplicado, sin mayores trámites, por los tribunales.²⁶

El Poder Judicial nunca ha cuestionado esta situación y la razón de esto, según Eddey, se explica por un hecho histórico.

En el siglo XVII, cuando se dieron los conflictos entre los reyes Estuardo y el Parlamento, los tribunales apoyaron la causa de este último, aceptando desde entonces su supremacía como órgano legislador, en tanto que el Parlamento, desde entonces, a su vez, también reconoció y sigue respetando la independencia de la judicatura.

Consecuencia de lo anterior, es que, una vez aprobado, un *Act of Parliament*, ningún tribunal puede declararlo inconstitucional. Tal posibilidad no existe en Inglaterra, no está contemplada por el sistema legal. Con relación a la legislación, los tribunales se limitan a interpretarla, cuando es necesario, para poder aplicarla al caso concreto.

25 La Constitución inglesa no está contenida en un documento único, o en un cuerpo legal específico, promulgado por el Poder Legislativo, como la ley suprema del país, como es el caso de las constituciones de los Estados Unidos o México, por ejemplo. A esto se refieren algunos autores cuando afirman que Inglaterra no tiene constitución escrita. Lo que los ingleses denominan Constitución es el conjunto de reglas, de origen legislativo y jurisprudencial, que garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos y limita el poder de las autoridades. Uno de los primeros pasos en la evolución constitucional inglesa lo representa un documento conocido como *Magna Carta*, redactado por los nobles y el clero y que el rey Juan sin Tierra tuvo que firmar en el año de 1215, reconociéndoles determinados derechos.

26 Aunque en teoría nadie dude del lugar que la ley ocupa en la jerarquía de las fuentes del derecho, los ingleses y en especial los abogados que constituyen un núcleo característicamente tradicional, consideran que la ley es verdaderamente derecho hasta que es interpretada por algún tribunal, para describir lo anterior se recurre al adagio "la ley es lo que el juez dice que es".

La costumbre. La palabra puede referirse a tres cosas distintas, la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local.

La costumbre general, llamada también “costumbre general inmemorial”, se identifica con el propio *Common Law*,²⁷ para cuya elaboración, los tribunales reales se basaron, cuando menos en teoría, en las costumbres de los antiguos reinos anglosajones. La importancia actual que como fuente del derecho puede tener la costumbre en la acepción indicada, es escasa, habiendo sido absorbida, tiempo atrás, por el *case-law* y la legislación.

La costumbre mercantil data de la Edad Media y se formó con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes, con el objeto de crear normas especiales, que además, agilizaran el tráfico comercial. Al igual que sucedió en el resto del Continente europeo, estas prácticas, se incorporaron al derecho legislado y a la jurisprudencia.

Por lo que a la costumbre local se refiere, la puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo. En el momento en que el tribunal la acepta, esa costumbre deja de serlo, para convertirse en derecho local. Para lo cual, la costumbre debe reunir ciertos requisitos:

1. Debe existir desde “tiempo inmemorial”, considerándose que es inmemorial la que se practicaba desde 1189, primer año del reinado de Ricardo I, que fue la fecha establecida por un Estatuto de Westminster de 1275, para determinar la calidad de “inmemorial” de una costumbre.

2. Debe circunscribirse a una región determinada y su contenido ha de ser preciso, en cuanto a la materia y a las personas; además debe haberse observado en forma obligatoria.

27 En este sentido Blackstone (1844: vol. I: 68).

3. Su ejercicio debe ser continuado, razonable, público y sin vicios.²⁸

4. Por último, se exige que la costumbre sea consistente con el derecho objetivo, lo que quiere decir que no debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, bien sea, jurisprudencial o legislada.

La doctrina. Eddey, a quien hemos mencionado ya tantas veces, no usa la palabra doctrina sino que habla más bien de libros de autoridad, para designar a esta última fuente del derecho inglés.

Este autor se refiere, con estos términos, a los libros jurídicos que se consideran fuentes del sistema jurídico y que son aquellos que tienen cierta antigüedad, y a que los de origen más reciente son importantes, pero no se incluyen dentro de las fuentes, en sentido estricto.

Son libros de autoridad algunos libros de texto antiguos, en torno a los que la práctica judicial ha establecido una tradición en cuanto a considerarlos como fuentes originarias del derecho inglés. No todos los libros de texto antiguos reciben este tratamiento, sólo un número limitado de obras, en cada rama jurídica, son aceptadas universalmente por jueces y abogados, como formando parte de esta categoría. Estas obras son entonces consideradas por los tribunales como manifestaciones auténticas del derecho de su época. El hecho de que un libro obtenga tal distinción, depende de su prestigio y para saber qué libros tienen este rango es necesario conocer la práctica profesional.

Las siguientes obras, cuyos autores casi todos fueron jueces, son consideradas como libros de autoridad:

28 Los autores ingleses caracterizan de viciosa a la costumbre que se ejerce con violencia, clandestinamente o si se practica en virtud de un permiso especial. Eddey (1977: 126), textualmente nos dice que la costumbre ha de ser: "*nec per vim, nec clam, nec precario*", cabe destacar que éstos son también los vicios de los que podía adolecer la posesión romana.

Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (ca. 1189), texto de autoridad con relación a la propiedad raíz y el derecho penal del siglo XII.

Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, (ca. 1250). Una de las obras más autorizadas sobre el *Common Law*, comenta casos y las formas de acción.

Littleton, *Tenures* (ca.1480), trata sobre la propiedad raíz.

Fitzherbert, *Natura Brevium* (1534), trata sobre el derecho procesal.

Coke, *Institutes of the Laws of England* (1628), se refiere a todo el derecho inglés, en cuatro partes.

Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), examina el derecho y el procedimiento penales.

Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), pimer libro sobre la historia del derecho penal.

Foster, *Crown Cases* (1762), tratado de derecho penal.

Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), texto dedicado a los estudiantes, que analiza los principios del derecho inglés.²⁹

De Blackstone en adelante, los autores de textos legales caen en la segunda categoría, o sea, como autores de textos recientes. Esta circunstancia se debe a dos razones principalmente. En primer lugar, porque desde la época de Blackstone los principios del *Common Law* quedaron establecidos en forma definitiva y en segundo lugar, porque en la actualidad, los reportes de los casos son más accesibles y confiables.

Lo anterior no quiere decir que las obras recientes no sean también importantes, ya que los abogados pueden recurrir a ellas y basar sus alegatos en un autor moderno y los jueces frecuentemente también las citan, al respecto es curioso señalar que existió una regla, ahora abolida, que establecía que ningún autor vivo podía ser citado en juicio.

29 Cfr. Eddey (1977: 126-128).

Con relación al tema de las fuentes, David y Jauffret-Spinozi, refiriéndose en particular a la última mencionada por el autor inglés que citamos, emplean otra designación, hablando así de “la doctrina y la razón”.³⁰

En realidad doctrina y “libros de autoridad”, son lo mismo, la diferencia es sólo que se emplean expresiones distintas para designar al mismo objeto.

Por lo que al significado de razón corresponde, los autores franceses opinan que ésta se manifiesta de manera esencial en la manera de actuar del juez inglés, que para dictar sentencia debe buscar los principios jurídicos contenidos en las decisiones judiciales anteriores.

Lo anterior significa que como el sistema legal inglés es un sistema casuista, no pretende que la ley contemple o prevea hasta el mínimo detalle y como en la legislación pueden existir lagunas, que deben ser llenadas por el juez, al resolver los casos concretos, el órgano jurisdiccional no sólo interpreta la norma, sino que también la crea, apoyado en la razón que se encuentra en los principios jurídicos contenidos en los precedentes judiciales.

Antes de dar por terminado el tema de las fuentes del derecho inglés, es importante mencionar que como el Reino Unido es miembro de la Unión Europea, también se puede considerar como fuente de su derecho, al derecho comunitario, que como dice el profesor británico Albert Kiralfy constituye un sistema jurídico supranacional.³¹

V. LA PROFESIÓN LEGAL EN INGLATERRA: JUECES Y ABOGADOS

La profesión legal en Inglaterra es en gran medida la responsable de la creación y desenvolvimiento del sistema jurídico.

30 David y Jauffret-Spinozi (1992: 314-316, 318-320).

31 Kiralfy (1990: 125).

Lo anterior debe servir para resaltar la importancia de las personas que la integran, especialmente los jueces, pero también los abogados, de cuyas filas se reclutan los primeros y, que además, al iniciar un proceso, son los responsables, en la mayoría de los casos, de poner en marcha la actividad de los órganos jurisdiccionales.

Por esta razón en este apartado analizamos, primero, la organización judicial del Reino Unido, y después dedicamos algunas líneas a los abogados y a las ramas de la profesión en Inglaterra.

1. *Organización judicial*

Según René David y Camille Jauffret-Spinosi, la organización judicial inglesa se puede dividir, en primer lugar, en dos grandes rubros, que comprenden, el primero a la “justicia alta” y el segundo a la “justicia baja”.

La primera la imparten las cortes superiores, la segunda las inferiores, así como algunos “organismos cuasi-judiciales”.³²

Cortes superiores. Son las más importantes, no por su número ni por la cantidad de asuntos que conocen, sino porque en ellas se originan los precedentes judiciales, que son vinculatorios para los tribunales inferiores.

A la cabeza encontramos a la *Supreme Court of Judicature* (Suprema Corte de la Judicatura), creada por los *Judicature Acts* de 1873 y 1875, y cuya estructura fue modificada por el *Administration of Justice Act* de 1970 y por el *Courts Act* de 1971.

La *Supreme Court of Judicature* está integrada por tres cuerpos: la *High Court of Justice* (Suprema Corte de Justicia), la *Crown Court* (Corte de la Corona) y la *Court of Appeal* (Corte de Apelación).

32 David y Jauffret-Spinosi (1992: 298-303).

La *High Court of Justice* se fracciona en tres divisiones (*divisions*): *Queen's Bench* (Banco de la reina), *Chancery* (Cancillería) y *Family* (Familia). La distribución de los asuntos entre las tres divisiones es funcional, ya que por ley cualquiera de ellas es competente para conocer de cualquier asunto que se ventile ante la *High Court of Justice*, aunque se entiende que cada división está integrada por jueces especializados en las diferentes reglas de procedimiento.

El tribunal de *Queen's Bench* se divide a su vez en: *Admiralty Court* (Corte del Almirantazgo) y *Commercial Court* (Corte de Comercio). *Chancery*, por su lado, está compuesta por la *Companies Court* (Tribunal de Sociedades) y la *Bankruptcy Court* (Tribunal de Quiebras).

La *Crown Court* es competente en materia penal, en ella, al lado de los jueces se encuentra el jurado, para los casos en que el acusado se declara no culpable.

Finalmente, la *Court of Appeal* es el tribunal de la *Supreme Court of Judicature*, que conoce exclusivamente en segunda instancia. Contra sus decisiones se puede intentar un recurso ante la Cámara de los Lores. Este recurso es de carácter excepcional, y para interponerlo es necesario contar con la autorización del tribunal inferior, que en caso de ser negada se puede solicitar al Comité de Apelaciones de la propia Cámara.

Cortes inferiores. Son las más numerosas y además muy variadas, estos tribunales conocen de la mayoría de los asuntos.

En materia civil encontramos a las *County Courts* (Cortes de condado), que sólo se parecen en el nombre a los antiguos tribunales anglosajones que se llamaron de la misma forma. Su jurisdicción es muy amplia, ya que la *High Court of Justice*, aunque tiene competencia ilimitada, se abstiene de conocer de los litigios cuyo valor sea inferior a cinco mil libras, que pasan entonces a las *County Courts*. Las decisiones de las *County Courts* pueden ser recurridas ante la *Court of Appeal*.

En materia penal, en el nivel inferior, conociendo de las infracciones menores, encontramos a los magistrados (*magistrates*), simples ciudadanos a los que se les confiere la función de jueces de paz (*justices of the peace*). No reciben retribución y son jueces laicos, esto es, no juristas, que ejercen su función asistidos por un secretario (*clerk*), que debe ser abogado.

En Londres y otras ciudades grandes, estos magistrados han sido reemplazados por los *stipendiary magistrates* (magistrados remunerados), que son precisamente eso, jueces que reciben estipendio, ejercen su actividad de tiempo completo y son abogados.

Las decisiones de los magistrados pueden ser impugnadas, según sea el caso, ante la *Crown Court* o la *Queen's Bench*.

En materia administrativa encontramos los organismos calificados de “cuasi-judiciales” por David y Jauffret-Spinosi, que desempeñan también funciones jurisdiccionales.

En relación con estos organismos la terminología empleada por los autores ingleses es otra.

Eddey, por ejemplo,³³ utiliza la palabra “cortes” (*courts*) para los órganos que administran la justicia “civil” (*civil*) y “criminal” (*criminal*), reservando el término “tribunales” (*tribunals*) para los “organismos cuasi-judiciales” mencionados arriba. Según el autor citado, el Parlamento es el órgano responsable de la creación de estos tribunales, cuya función es la de “oír y decidir disputas como si fueran una corte”. Agrega que se les suele llamar “tribunales administrativos” porque en muchas ocasiones las controversias se relacionan con algún órgano de la administración, aunque también se den entre particulares solamente.

Para ilustrar la primera clase, nos dice que pensemos, por ejemplo, en un litigio entre un particular y el Instituto del Seguro Social, sobre una pensión de viudez. En cuanto a la

33 Eddey (1977: 86-92).

segunda clase, el problema podría originarse entre dos particulares en torno a un contrato de arrendamiento. Del primer caso conocería uno de los *National Insurance Tribunals*, para el segundo caso existen los “tribunales y comités de arrendamiento”, encargados unos, de conocer los litigios que se susciten en torno a los contratos respectivos, y los otros, de fijar las rentas que deben pagar los inquilinos. En el último ejemplo, aunque ninguna de las partes sea una agencia administrativa, la controversia se ventila y es resuelta por un tribunal administrativo porque se considera que el problema de la vivienda es de vital importancia para el gobierno.

Según Eddey la diversidad de los tribunales administrativos y de sus funciones no permite clasificarlos de una manera satisfactoria y por ello se limita a enumerarlos. Existen, además de los ya mencionados, los que conocen de los problemas relacionados con la propiedad agrícola, intelectual e industrial; el transporte público, el catastro, los impuestos, así como lo relativo a la política migratoria. En cada caso fueron creados por el Parlamento quien les otorgó una jurisdicción limitada. Estos tribunales complementan al sistema judicial, y se considera que es difícil y casi ocioso tratar de diferenciarlos de las cortes de justicia, ya que ambos son cuerpos que tienen la misma responsabilidad, o sea, la de resolver controversias.

Existe un organismo llamado *Council on Tribunals* (Consejo de Tribunales) que supervisa el funcionamiento de los tribunales administrativos. Finalmente, hay que agregar que las decisiones de los tribunales administrativos pueden ser impugnadas ante la *High Court of Justice*.

2. *Ramas profesionales*

En Inglaterra, un abogado postulante puede dedicarse a una de las dos ramas de la profesión, *barrister* o *solicitor*.

El *barrister*, nombre que podríamos traducir literalmente al español como barrista, es el abogado propiamente dicho, el que defiende en juicio: en otras palabras, es quien está autorizado para actuar frente al tribunal, esto es, cualquier corte de justicia, superior o inferior, representando a su cliente. Cuando un *barrister* se inicia en el ejercicio profesional los ingleses dicen que fue “llamado a la Barra”.

El número de *barristers* no es muy grande, por lo que el gremio constituye un grupo cerrado, de cuyas filas se reclutan los jueces, que para serlo deben primero haber adquirido experiencia como abogados litigantes.

El *solicitor*, por su parte, puede actuar en juicio ante las cortes inferiores, pero se considera que su principal función es la de servir como consejero legal, en relación a los asuntos de sus clientes, y generalmente es quien prepara los casos que más tarde presentarán los *barristers* en el tribunal.

El grado universitario, por si solo, no es suficiente para poder ejercer la profesión, sino que, para hacerlo, hay que pertenecer, además, a alguna de las organizaciones profesionales.

De tal forma, el *barrister* debe pertenecer a cualquiera de las *Inns of Court*, cuatro en número, con sede en Londres y que se llaman *Lincoln's Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple* y *Gray's Inn*. Estas *Inns*, en el pasado también funcionaron como instituciones docentes,³⁴ ya que en ellas se preparaban los futuros abogados. Al *barrister* se le exige, también, un tiempo de práctica profesional, al lado de otro colega que ya haya sido “llamado a la Barra”.

El *solicitor*, por su lado, debe pertenecer a la *Law Society*, y también debe cumplir con un determinado tiempo de ejercicio profesional.

34 Las *Inns of Court* funcionaron como verdaderas escuelas de derecho, según opinión de Blackstone (1844: vol. I: 22-25).

Capítulo II

PENETRACIÓN DEL DERECHO INGLÉS EN EL MUNDO Y FORMACIÓN DE LA FAMILIA JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

I. Generalidades	35
II. El <i>Common Law</i> en las islas británicas	37
1. Gales	39
2. Escocia	40
3. Irlanda	43
III. El <i>Common Law</i> en otros lugares	46
1. Australia	49
2. India	52
IV. El derecho de Canadá	54
1. Historia del derecho canadiense	55
2. Constitución política de Canadá	57
3. Fuentes del derecho canadiense	58
4. La profesión legal en Canadá	59
5. Organización judicial	60
6. El sistema jurídico de Quebec	61

Capítulo II

PENETRACIÓN DEL DERECHO INGLÉS EN EL MUNDO Y FORMACIÓN DE LA FAMILIA JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

I. GENERALIDADES

La familia jurídica del *Common Law*, junto con la romano-cánónica, es una de las dos familias jurídicas contemporáneas más importantes .

Estas dos familias son las que más se han extendido en el mundo, tanto por haber sido adoptadas por un gran número de países, como porque también han influido en la formación de los sistemas jurídicos de muchos otros.

Aunque la familia del *Common Law* no sea la más antigua, el derecho inglés, a partir del cual se formó, sí es uno de los derechos nacionales más antiguos, todavía vigentes, en el mundo.³⁵

La recepción del derecho inglés se debió, inicialmente, a la colonización, ya que los ingleses trasplantaron su derecho a los diferentes lugares en donde ejercieron su dominio, tanto en las islas británicas como fuera de ellas. Por otro lado, con el paso del tiempo, en una época poscolonial, que el profesor Peter De Cruz llama “nacionalista”,³⁶ muchas de las colonias inglesas, convertidas en países independientes, decidieron per-

³⁵ De Cruz (1995: 101).

³⁶ *Ibidem* .

manecer, por propia decisión, dentro de la familia del *Common Law*, para construir en su seno su propio derecho nacional. Además, como ya se señaló, el *Common Law* influyó también en la formación del derecho de otros países.

Nos parece pertinente hacer en este lugar unas precisiones semánticas, para aclarar que utilizamos los términos *Common Law* para referirnos a tres cosas distintas, según el contexto en que se encuentren.

En primer lugar, si se utiliza una acepción restringida de ellos, sirven para designar a la rama más antigua del derecho inglés.

La segunda acepción, más amplia, incluye también a la otra rama, la *Equity*, y sirve para referirse al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto.

Por último, la tercera acepción, que tiene una connotación todavía más amplia, se utiliza para referirse a la familia jurídica que se fue formando al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés a otros lugares, más allá de Inglaterra.

Este capítulo se divide en tres partes. En la primera estudiamos la penetración del derecho inglés en las islas británicas, penetración que está vinculada con la integración del Reino Unido de la Gran Bretaña, al extenderse el dominio inglés a Gales, Escocia e Irlanda.

En la segunda parte bosquejamos la penetración y recepción del derecho inglés en otros lugares, penetración que tuvo lugar, como ya habíamos señalado, tanto por el fenómeno de la colonización, como por la influencia que el derecho inglés tuvo en la formación de otros derechos nacionales, situación que dio lugar, a su vez, a la formación de la que conocemos como la familia jurídica del *Common Law*.

Cabe aquí aclarar que la recepción de un derecho extranjero no es uniforme, sino que muestra especificidades, que tienen mucho que ver con el grado de desarrollo del país receptor, lo

cual queda de manifiesto, de manera muy clara, cuando se estudia la recepción del derecho inglés, como veremos más adelante.

En la tercera y última parte de este capítulo, hacemos un análisis más amplio de uno de los derechos nacionales, pertenecientes a la familia del *Common Law*. Nos referimos, al derecho de Canadá. Creemos que el estudio del derecho canadiense es importante no sólo por los vínculos, tanto comerciales como geográficos, que unen al Canadá y a México, que ya habíamos mencionado, sino porque además el sistema jurídico de aquel país nos proporciona un ejemplo de convivencia entre dos familias jurídicas distintas, por un lado, la familia del *Common Law* y, por el otro, la romano-canónica.

Para el estudio del derecho canadiense, subdividimos esta última sección en seis partes. La primera se refiere a la historia del derecho canadiense, la segunda aborda lo relativo a la Constitución política de Canadá, la tercera analiza las fuentes del derecho canadiense, la cuarta se refiere a la profesión legal en Canadá, la quinta a la organización judicial y la sexta al sistema jurídico de Quebec, provincia en la que sobrevive, en alguna medida, la influencia romano-canónica, mientras que en el resto del país es relevante la influencia de la familia jurídica del *Common Law*.

II. EL *COMMON LAW* EN LAS ISLAS BRITÁNICAS

Las palabras islas británicas designan a un grupo de islas que se encuentra en Europa, en el Atlántico del Norte. Las más grandes son la Gran Bretaña e Irlanda, y existen, además, otras islas más pequeñas, como la isla de Man y las islas del Canal: Jersey y Guernesey, que son las más importantes y Alderney, Sark, Herm y Jethou.

La Gran Bretaña está formada, a su vez, por Inglaterra, Gales y Escocia. En la isla de Irlanda encontramos a Irlanda del

Norte, que es parte del Reino Unido y a la República de Irlanda que es un país independiente.

Hay que señalar, por otra parte, que los términos islas británicas tienen una connotación geográfica y no es correcto utilizarlos para designar a un país en particular, ya que en ellas se encuentran dos países distintos.

Por un lado, al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que es el nombre correcto del país al que, en ocasiones, nos referimos como Gran Bretaña, Islas Británicas, Bretaña o Inglaterra.

El otro país que se encuentra en las islas británicas es la República de Irlanda.

El Reino Unido está compuesto por el reino de Inglaterra, el principado de Gales, el reino de Escocia, e Irlanda del Norte, que es aquella parte del reino de Irlanda que optó por permanecer dentro del Reino Unido, cuando el resto de la región se separó, para constituir, finalmente, un país independiente.

La incorporación de Gales a la corona inglesa culminó con la derrota del jefe galés, Llewelyn, a manos de Eduardo I, de Inglaterra, y quedó formalizada por dos instrumentos legislativos, el *Estatuto de Gales* (*Statutum Walliae*), de 1284, y las *Leyes de Gales* (*Laws in Wales Act*), de 1535, en tiempos de Enrique VIII.

Escocia fue unida a Inglaterra y Gales, al morir Isabel I de Inglaterra, sin descendencia, y ascender Jacobo VI, de Escocia, al trono inglés, para convertirse también en Jacobo I, de Inglaterra, en 1603. En 1707, se fusionaron los Parlamentos de Inglaterra y Escocia, en uno solo, llamado Parlamento de la Gran Bretaña, que con el tiempo también sería el Parlamento de Irlanda del Norte.

Irlanda del Norte apareció como una entidad política dentro del Reino Unido, en 1920, por disposición de una ley llamada *Government of Ireland Act*.

La situación política de la isla de Man es la de posesión de la Corona inglesa. Históricamente fue un feudo independiente que desde 1290 estuvo bajo la protección de los reyes ingleses, quienes de 1406 a 1649 también tuvieron el título de reyes de Man y después de esa fecha el de señores de Man. El derecho de la isla de Man ha recibido la influencia del derecho inglés, y también conserva instituciones del antiguo derecho consuetudinario nórdico.³⁷

Igual situación que la isla de Man guardan las islas del Canal. Estas islas son la única porción del Ducado de Normandía todavía en manos de Inglaterra y que la Corona inglesa pudo retener en su calidad de sucesora de Guillermo I, después de perder la Normandía continental. En las islas del Canal sobreviven, de alguna manera, las antiguas costumbres del Ducado de Normandía, aunque, claro está, modificadas por el derecho moderno inglés.³⁸

1. *Gales*

La incorporación de Gales a la Corona inglesa no fue difícil,³⁹ y así tenemos que el principado quedó unido a Inglaterra legal, administrativa y políticamente, en forma definitiva, desde 1536. Desde esa época no ha habido en Gales un sistema jurídico independiente, aunque hasta 1830 contó con organización judicial propia y hoy en día tiene cierta autonomía con relación a determinados aspectos del gobierno local.⁴⁰

El título de Príncipe de Gales data de 1301, fecha en que Eduardo I de Inglaterra, una vez consumada la conquista del país, lo creó para su hijo, quien más tarde se convertiría en el

37 Walker (1980: 800-801).

38 Walker (1980: 204-205).

39 Warner y Marten (1937: 127-130).

40 En Gales, a través de un referéndum, se acordó, por un margen estrecho, la creación de una Asamblea, que tendrá facultades con relación al gasto público, educación, salud y agricultura. *BBC Britain Today*, septiembre 19, 1997.

rey Eduardo II. Desde entonces el título se ha reservado para el hijo mayor del monarca inglés, o sea, el heredero al trono. Sin embargo, el título no se adquiere en forma automática, sino que el rey debe otorgarlo expresamente y se extingue cuando el heredero sube al trono del Reino Unido, para renacer cuando el nuevo soberano, lo otorga, a su vez, a su propio hijo.⁴¹

2. *Escocia*

Los primeros pobladores de Escocia, procedentes de Irlanda, introdujeron al lugar algunos elementos de la cultura celta.

Los romanos construyeron fortificaciones en suelo escocés pero no colonizaron la región.

El derecho, hasta ese momento, se redujo a la aplicación de las costumbres locales.

Después que los normandos conquistaron Inglaterra, se sintió en Escocia la influencia anglosajona y anglonormanda, y en tiempos del rey escocés, David I (1124-1153), se estableció, en el país, el régimen feudal, junto con sus instituciones de gobierno.

La Iglesia se hizo poderosa y sus tribunales tuvieron jurisdicción sobre un buen número de materias. Fue precisamente a través de los tribunales eclesiásticos que se introdujeron el derecho romano y el canónico en Escocia y de esta manera, junto a la influencia del derecho anglonormando, cobró importancia, también, la influencia romano-canónica.

Además, las alianzas estratégicas con Francia y el hecho de que muchos jóvenes escoceses fueran a estudiar a las universidades francesas representan otras vías de penetración de muchos de los principios jurídicos romanos.

En 1426 se decretó que todos los súbditos debían acatar el derecho real escocés, lo cual dio lugar al establecimiento de un

41 Walker (1980: 1283).

Common Law local, circunstancia que también sirve para explicar por qué el derecho escocés se desarrolló por cauces distintos de los del derecho inglés.⁴²

En el siglo XVI, la ley aparece como la principal fuente del derecho escocés, y se dieron, en esa época, varios proyectos de codificación. Además, por lo que a las decisiones judiciales toca, hay que agregar, que en esos momentos no se publicaban y que sólo se conservaban en las notas, redactadas por los abogados, para su propio consumo.

La reforma religiosa del siglo XVI se extendió por Escocia, y en tal virtud el Parlamento escocés desconoció al Papa. Consecuentemente los tribunales eclesiásticos también desaparecieron, aunque el derecho que habían venido aplicando, siguió aplicándose, salvo que fuera expresamente modificado.

Como ya habíamos dicho, la reina inglesa Isabel I, murió sin descendencia, y en 1603, con el título de Jacobo I, ascendió al trono de Inglaterra, Jacobo VI de Escocia, uniendo, así, las dos coronas.

La unión de ambos reinos culminó poco más de un siglo después, cuando en 1707 tanto el Parlamento de Escocia como el de Inglaterra promulgaron leyes aceptando los *Artículos de Unión* (*Articles of Union*), que aunque fusionaron los dos parlamentos, para establecer uno solo, respetaron la organización judicial escocesa y el sistema jurídico local, salvo en algunos aspectos relativos a la administración pública.⁴³

No obstante haber aceptado los *Artículos de Unión*, Inglaterra no siempre los respetó y muchas veces trató a Escocia como si fuera una provincia conquistada y ocupada. Pero, a pesar del descontento que esta situación provocó, andando el

42 Walker (1980: 1109).

43 En un referéndum reciente, los escoceses, por una mayoría muy amplia, votaron a favor del establecimiento de su propio Parlamento. Esta Asamblea que deberá entrar en funciones para el año 2000, tendrá facultades limitadas en las siguientes materias: impositiva, educativa, de salud y justicia. *BBC Britain Today*, septiembre 12, 1997.

tiempo, el derecho inglés adquirió mayor influencia;⁴⁴ aunque, el derecho escocés conservó muchos de sus propios rasgos.

Así tenemos que, en cuanto a la estructura del sistema jurídico, existe una diferencia esencial entre Escocia e Inglaterra, ya que el derecho escocés jamás conoció la división entre *Common Law* y *Equity*, división, que como ya sabemos, es una de las características sobresalientes del derecho inglés.

Ya habíamos mencionado la importancia que el derecho romano tuvo en el desarrollo del derecho escocés. La influencia de Roma fue trascendental, al grado que los especialistas en derecho comparado ubican al sistema jurídico de Escocia en un lugar intermedio entre la familia romano-canónica y la del *Common Law*. Al respecto, los comparativistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz opinan que el derecho escocés es digno de mayor atención por parte de los estudiosos de la materia, ya que es un buen ejemplo de una simbiosis de las dos tradiciones jurídicas: la inglesa y la continental.⁴⁵

La influencia de la cultura jurídica romana hizo del orden jurídico escocés un sistema altamente sistematizado, lo cual se pone de manifiesto en la obra de James Dalrymple, primer vizconde de Stair y uno de los más famosos juristas escoceses.⁴⁶

Stair nació en 1619 y murió en 1695. Es autor, entre otras obras, de las *Institutions of the Law of Scotland*, que aparecieron por primera vez en 1681, que cuentan con una segunda edición aumentada, que se publicó en 1693, y que se consideran como el “texto supremo” del derecho escocés.

Su autor sigue la sistematización de las *Instituciones* de Justiniano y fundamenta sus principios en fuentes romanas y canónicas.

44 Walker (1980: 1111).

45 Zweigert y Kötz (1992: 211).

46 Walker (1980: 331).

Es importante destacar que el libro de Stair conserva hasta la fecha una gran autoridad. Se ha dicho que su influencia es tan grande, que hasta el día de hoy, se refleja en la manera en la que los jueces escoceses elaboran sus sentencias, siguiendo en gran medida el estilo de los jueces continentales. Primero tratan de hallar el principio general, para deducir la solución del caso concreto, antes de recurrir al precedente.

También la preparación que reciben los miembros de la profesión legal escocesa muestra características distintivas, muy especialmente por lo que a la enseñanza del derecho corresponde.

Para empezar, desde antes de la reforma, la carrera de derecho existía en las universidades escocesas, en las que, en un principio, siguiendo la tradición continental, se enseñaban el derecho romano y el derecho canónico. Después se incrementó el número de materias para incluir también la enseñanza del derecho local, o sea, el derecho escocés, y esto sucedió antes de que Blackstone empezara a enseñar el derecho inglés en la Universidad de Oxford.

Finalmente, por lo que a las ramas profesionales se refiere, en Escocia también existen dos ramas: los *advocates*, que equivalen a los *barristers* ingleses, y los *solicitors*.

Los *advocates* se agremian en la *Faculty of Advocates*, que es una agrupación semejante a las *Inns of Court* de Inglaterra.

Para ejercer la profesión, tanto *advocates* como *solicitors* requieren el grado universitario y también cierto tiempo de práctica profesional.

3. Irlanda

Irlanda, que originalmente fue habitada por los pictos, fue colonizada después por los celtas, que dividieron al país en pequeños reinos, con pequeños reyes al frente.

Los romanos no tuvieron influencia en la región, que por otro lado, hasta 1014, fue saqueada constantemente por los escandinavos.

Los normandos penetraron en Irlanda en el siglo XII, pero la sumisión total del país a Inglaterra ocurrió más tarde, si bien, desde finales del mismo siglo, las instituciones jurídicas inglesas se introdujeron y comenzaron a aplicarse en Irlanda, en donde, eventualmente, quedó establecido que el *Common Law* inglés regiría en todo el país.

Durante el gobierno del rey inglés Juan, conocido como Juan sin Tierra, que reinó entre 1199 y 1216, se unieron las dos coronas y fue entonces que Inglaterra estableció en Irlanda un gobierno permanente y estable, bajo las órdenes de un representante real, llamado *justiciar*.

A finales del siglo XIII y siguiendo el modelo inglés se creó un Parlamento en Irlanda. Dicho Parlamento quedó sometido al control de Londres y así vemos que en la práctica, por regla general, se limitó a promulgar las mismas leyes (*statutes*) promulgadas en Inglaterra, situación que favoreció la política de la metrópoli, en su afán de someter a Irlanda, propósito que se logró tanto por la imposición del derecho inglés, como por medios más violentos.

Como quiera que sea la política represiva no siempre tuvo la misma intensidad. Así por ejemplo, a finales del siglo XVIII, en 1782 el Parlamento de la Gran Bretaña renunció a sus facultades legislativas en Irlanda, aunque muy poco tiempo después, en 1800, a consecuencia de manipulaciones muy dudosas, el Parlamento irlandés se unió al de la Gran Bretaña para formar el Parlamento del Reino Unido, organismo al cual, desde entonces, elegirían representantes los irlandeses.⁴⁷

A pesar de la incorporación de Irlanda al Reino Unido, la cultura inglesa nunca se impuso en forma total, y a lo largo de

47 Walker (1980: 647).

los años siempre hubo grupos que manifestaron su deseo de independencia. En 1830, los movimientos que propugnaban por la autonomía (*home rule*) cobraron más fuerza, haciendo de la última mitad del siglo XIX, una época confusa, de conciliación, represión y reformas.⁴⁸

Entre 1919 y 1921, con fines administrativos y políticos, Irlanda quedó dividida en dos regiones.

Una de ellas, situada al suroeste de la isla, quedó conformada por veintiséis condados, de población mayoritariamente católica, que años después se separaron del Reino Unido de la Gran Bretaña, para adquirir, primero, la situación política de dominio británico, con el nombre de Estado Libre Irlandés y, que, no obstante, haber obtenido, después, la independencia total, por lo que al sistema jurídico de la República de Irlanda se refiere, éste siguió perteneciendo a la familia del *Common Law*.

La otra región, con población mayoritariamente protestante, quedó integrada por seis condados, en lo que se conoce como el Ulster, al noreste del país. Esta parte decidió permanecer ligada al Reino Unido, constituyendo, dentro de éste, lo que se conoce como Irlanda del Norte.⁴⁹

Como habíamos mencionado en párrafos anteriores, el Estado Libre Irlandés fue creado como dominio británico en 1922. En 1937, se separó del Reino Unido, para convertirse en un Estado independiente, con el nombre de Eire, nombre que cambiaría en 1949, para adoptar desde entonces el de República de Irlanda.

48 Trevelyan (1948: 687-689).

49 Los conflictos entre católicos y protestantes han sido constantes en Irlanda del Norte y cada vez más violentos. Buscando una solución, los gobiernos del Reino Unido y de la República de Irlanda, y los grupos enfrentados del Ulster, suscribieron un acuerdo que replantea la relación política entre Londres, el Ulster y la República de Irlanda, también contempla una mayor autonomía para Irlanda del Norte, la liberación de presos de los grupos enfrentados, así como una posible reunificación del Ulster con la República de Irlanda. Este acuerdo fue aceptado, vía referéndum, realizado el 22 de mayo de 1998, por los norirlandeses y los ciudadanos de la República de Irlanda. *La Jornada*, lunes 25 de mayo de 1998.

La República de Irlanda está gobernada por un presidente, que tiene la posibilidad de ejercer el cargo por dos periodos y que es elegido por voto directo. El presidente nombra al primer ministro y con la anuencia de éste y del Parlamento a los demás miembros del gabinete. El Poder Legislativo se deposita en un Parlamento bicameral.

Tocante a la organización judicial, encontramos en el peldaño más alto a una Suprema Corte (*Supreme Court*), que funciona como tribunal de apelación. Existe también la Corte Alta (*High Court*), con jurisdicción original en asuntos civiles y penales. Además los tribunales de Circuito y de Distrito, que también tienen competencia civil y penal con relación a los asuntos de menor cuantía. Hay que señalar, por otro lado, que el jurado puede funcionar con relación a ambas materias.

Encontramos también tribunales administrativos y un tribunal que tiene competencia en asuntos que se relacionan con la tenencia de la tierra.

El gobierno local se organiza con base en los consejos locales. Como ya sabemos el sistema jurídico de la República de Irlanda es de *Common Law* y se puede decir que es casi igual al inglés, aunque con las divergencias que las leyes irlandesas establezcan. Por otro lado, y refiriéndonos a la enseñanza del derecho, como la literatura jurídica local no es muy abundante, se utilizan fundamentalmente los textos ingleses.

Por lo que a la profesión legal se refiere, al igual que en Inglaterra, existe la distinción entre *barristers* y *solicitors*.

III. EL *COMMON LAW* EN OTROS LUGARES

De acuerdo a Zweigert y Kötz, casi un tercio de la población mundial habita actualmente en regiones cuyo derecho ha tenido influencia del *Common Law*. La expansión colonial de la Gran Bretaña se encargó de extenderlo a Norteamérica, la

India, Australia, Nueva Zelanda, y a grandes sectores del África y del sureste asiático.⁵⁰

Los autores citados consideran que, atendiendo a un punto de vista histórico, las colonias británicas se pueden dividir en dos clases. Una clase que incluiría a los territorios, que a la llegada de los ingleses, o bien estaban deshabitados, o bien habitados por grupos poco evolucionados, cuya organización política era rudimentaria y escasamente desarrollada. Este fue el caso de Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, que constituyeron las colonias que podemos llamar “colonias de poblamiento”. En ellas, el *Common Law* se aplicó automáticamente, desde la llegada de los colonizadores británicos, modificándolo solamente cuando fue necesario adaptarlo a las exigencias sociales, económicas y geográficas de esos territorios, recién incorporados a la Corona inglesa.

La otra clase, se refiere a aquellas colonias que se encontraban bajo el control de algún príncipe nativo o bien de alguna otra potencia europea y que podemos designar como “colonias conquistadas” o “colonias cedidas”.

En ellas la política colonial británica, en cuanto al derecho que debía aplicarse, fue consistente y precisa, respetando, en principio, la aplicación del derecho local y muchas veces, respetando, también la organización judicial preexistente.⁵¹

Lo anterior puede servir para explicar la supervivencia del derecho autóctono, así como, la convivencia, en un mismo lugar, de distintas familias jurídicas, como es el caso, de la provincia de Quebec, en Canadá, o del estado de Luisiana, en los Estados Unidos, lugares, en los que, hasta el día de hoy, coexisten normas del *Common Law*, con aquellas de origen romano-germánico, aunque, estas últimas, en menor proporción.

Esta convivencia, de normas procedentes de distintas familias jurídicas, ha dado lugar a lo que algunos especialistas de-

50 Zweigert y Kötz (1992: 227).

51 *Idem* (1992: 228).

signan como sistemas jurídicos mixtos o híbridos, que, a su vez, nosotros pensamos que se pueden considerar como subsistemas, dentro de alguna de las grandes familias jurídicas.

Al correr del tiempo, las colonias británicas, de ambas clases o grupos, se separaron del Reino Unido para convertirse en países independientes.

Algunas de ellas se asociaron para formar la Comunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*), al principio llamada Comunidad Británica de Naciones, y que surgió por virtud de los acuerdos tomados en las Conferencias Imperiales, celebradas en el pasado.

Jorge Carpizo, en su libro *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth*, nos dice que “hasta ahora todos los miembros de la comunidad han estado en alguna época y por diferentes causas y estatutos, bajo la soberanía de Inglaterra” aunque “nada impediría que un país que no hubiera tenido vínculos con esta nación, pudiera entrar a formar parte de la *Commonwealth*”.⁵²

Sin embargo, más adelante, el mismo autor explica que como a la Comunidad de Naciones pertenecen no sólo los países miembros sino también quien ostente la Corona inglesa, es difícil pensar que una nación que no haya tenido vínculos políticos con la Gran Bretaña reconozca a su monarca como cabeza de la asociación, situación que él considera, que sólo se puede explicar, si atendemos a motivos de carácter histórico.

La Declaración de la Comunidad de Naciones, suscrita en 1971, la define como una “asociación voluntaria de Estados independientes y soberanos, cada uno responsable de su propia política, pero unidos para promover el interés común de sus pueblos, el entendimiento internacional y la paz mundial”.⁵³

52 Carpizo (1971: 24).

53 Walker (1980: 255).

Los miembros originales de la Comunidad fueron: el Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, el Estado Libre Irlandés y Terranova. Pero como la membresía no es fija, sino que es variable, algunos Estados han salido y otros han ingresado; el elemento aglutinador es el hecho de que los Estados miembros reconozcan al monarca británico como cabeza de la comunidad.

Rebasaría al objetivo de este trabajo el estudiar el derecho de todos los países de *Common Law*, por lo que en las siguientes páginas, sólo consideraremos dos ejemplos, con el fin de ilustrar la expansión de esta familia jurídica fuera de las islas británicas.

Con esta intención, hablaremos primero de Australia, que por lo demás, es un ejemplo de lo que fue una “colonia de poblamiento”, para analizar después, el caso de la India, que fue una “colonia conquistada”.

1. *Australia*

Australia es en la actualidad un país independiente, que pertenece a la Comunidad de Naciones.

Fue el navegante inglés James Cook quien tomó posesión de ese territorio, en nombre de la corona británica, al desembarcar en la costa oriental de Australia, en el año de 1770.

Los primeros pobladores fueron convictos, y el derecho aplicable el *Common Law* inglés. Guillermo F. Margadant, al respecto afirma que “Inglaterra usó Australia como colonia penitenciaria.”⁵⁴

A mitad del siglo XIX, a las colonias fundadas en Australia se les otorgó el derecho de elegir su propia legislatura.

En 1900 el Parlamento de la Gran Bretaña promulgó una Constitución para las colonias australianas (*Commonwealth of*

54 Margadant (1988: 383).

Australia Constitution Act), organizándolas como un Estado federal, con seis miembros, o entidades federativas. Cada una de ellas con su propia Constitución local, gobierno autónomo y Parlamento propio. Dentro de este esquema también se creó un gobierno federal con competencia sólo en las áreas específicamente indicadas en la Constitución, como por ejemplo, las relaciones internacionales y la seguridad nacional, mientras que, por lo que al derecho privado corresponde, casi todas sus ramas son competencia de los órganos de gobierno locales.

Como Australia tiene una organización federal, Zweigert y Kötz afirman que hay en el país tantos sistemas jurídicos como estados integrantes de la Federación existen, que como ya indicamos son seis, a lo que hay que añadir que en los territorios administrados por el gobierno central, se aplica el derecho federal. Sin embargo, si uno analiza con cuidado este mosaico jurídico, se percatará de que por lo que a las ramas del derecho privado se refiere, y también por lo que al derecho procesal corresponde, estos sistemas jurídicos son casi idénticos entre sí, ya que todos descienden del *Common Law* inglés, y se inspiraron tanto en sus decisiones judiciales, como en su derecho legislado.⁵⁵

Los precedentes judiciales ingleses no obligan a los tribunales australianos, pero por regla general se les concede gran autoridad, especialmente a aquéllos que proceden de la Corte de Apelación y de la Cámara de los Lores.

Como dijimos, el derecho legislado australiano se parece mucho al inglés. Esta razón sirve para explicar la circunstancia de que las reformas a la organización judicial, llevadas al cabo en Inglaterra, en 1873, fueran adoptadas también por los estados australianos, salvo en uno de ellos, y también que muchas leyes referidas al comercio, los contratos y la propiedad se

55 Zweigert y Kötz (1992: 229).

hayamos tomado, casi literalmente, de las correspondientes leyes inglesas.

No obstante lo anterior, debemos señalar que también hay diferencias entre el derecho australiano y el inglés. En algunos aspectos la legislación australiana es vanguardista. Por ejemplo, en mayo de 1995, la legislatura del Territorio Norte aprobó una ley que consagra el derecho a la muerte de los enfermos terminales: *Rights of the Terminally Ill Act*, convirtiendo al lugar, en el primero, en el mundo, en legalizar la eutanasia voluntaria. Este derecho fue llevado a la práctica por primera vez el 22 de septiembre de 1996.⁵⁶

Por lo que toca a la organización judicial, existen en Australia tribunales estatales y tribunales federales. Cada estado cuenta con tribunales de primera instancia y con una Suprema Corte. El sistema judicial federal, por su lado, incluye a los tribunales llamados tribunales de la Comunidad, y a la Suprema Corte de Australia (*High Court of Australia*) a la cabeza de ellos, que funciona como instancia de apelación ante quien se pueden impugnar los fallos de las cortes supremas de los estados y que, además, tiene competencia original con relación a las controversias constitucionales.

Por lo que a la profesión legal atañe, los estados más poblados del país han adoptado la división inglesa, de *barristers* y *solicitors*.

Antes de terminar con el derecho de Australia, volvemos a Zweigert y Kötz, que lo caracterizan de la siguiente manera:

A fin de cuentas, uno puede concluir que el derecho australiano y el derecho inglés son todavía muy similares, en cuanto al método, procedimiento, conceptos jurídicos fundamentales, aplicación y técnicas legislativas... Es posible que fuera de Europa, de los grandes países que pertenecen a la familia jurídica an-

56 *Time* (1996: 30).

gloamericana, el derecho de Australia sea el más cercano al derecho de Inglaterra.⁵⁷

2. *India*

En 1600 la reina Isabel I autorizó la fundación de la *East India Company*, compañía comercial inglesa que debía controlar el comercio con la India.

Con la anuencia del Gran Mogol, se permitió a la compañía establecer colonias en territorio hindú, con el resultado de que en algunos años, lo que empezó siendo una empresa comercial, adquirió cariz político y para principios del siglo XX el subcontinente había caído bajo el poder británico.

La patente original otorgada por el gobierno inglés a la *East India Company*, incluía facultades muy amplias, que se consideraron necesarias para que pudiera controlar a las colonias establecidas fuera de Inglaterra. Sus administradores tenían inclusive la facultad de castigar los actos ilícitos de las personas empleadas por la empresa. Los afectados en un principio sólo fueron trabajadores ingleses, aunque muy pronto ingresaron a trabajar en sus filas súbditos hindúes.

En 1726, se crearon tribunales ingleses en tres importantes puertos de la India: Madrás, Bombay y Calcuta. Estos tribunales debían resolver las controversias que se suscitaran no sólo entre ingleses sino también entre hindúes y aplicarían, en términos generales, el *Common Law* inglés, salvo en materia familiar o sucesoria, si los litigantes eran nativos, circunstancias en las que debían aplicar derecho hindú o musulmán, según fuera el caso.

Los tribunales ingleses se extendieron por el territorio y con ellos el *Common Law* inglés, que de esta manera, también se convirtió en el *Common Law* hindú, salvo en las materias antes mencionadas.

57 Zweigert y Kötz (1992: 231).

Aún ahora, después de más de cincuenta años de su emancipación de la Gran Bretaña, en 1947, no se ha borrado la influencia del *Common Law* inglés, que sobrevive en el derecho moderno de la India.

René David y Camille Jauffret-Spinosi consideran que el derecho hindú pertenece a la familia jurídica del *Common Law*, por las siguientes razones:

1. Por su terminología y sus conceptos.
2. Por su técnica y su concepción de la regla de derecho.
3. Por la importancia del derecho procesal y la autoridad de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial.

Pero como el derecho hindú era un sistema desarrollado y la India un país con una tradición cultural milenaria, es lógico que estas dos circunstancias hayan dado lugar a la existencia de diferencias con el derecho inglés. Además de las que se puedan presentar con relación al derecho familiar y sucesorio, los autores citados señalan otras, especialmente dos que son muy importantes:

1. En primer lugar que el derecho hindú no hace la división entre *Common Law* y *Equity*, y
2. En segundo lugar y con relación a la tenencia de la tierra, que no obstante que el derecho hindú conserva la terminología inglesa, su reglamentación es diferente.

Estos autores agregan que, de cualquier modo, la independencia política de la India no condujo a una independencia legal, y a que la Constitución hindú de 1950 expresamente ordenó la vigencia del derecho anterior. Por otro lado, la India continúa siendo parte de la Comunidad de Naciones.⁵⁸

En otro orden de ideas hay que señalar que la Constitución abolió el sistema de castas, que los ingleses no habían podido suprimir.

Además, diversas leyes posteriores a la Constitución introdujeron reformas para modernizar otras ramas del derecho hindú.

Por ejemplo, en el ámbito del derecho de familia, una ley sobre el matrimonio, el *Hindu Marriage Act*, suprimió la poligamia, introdujo la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial y estableció la necesidad del consentimiento de la novia para contraerlo.⁵⁹

IV. EL DERECHO DE CANADÁ

Al igual que Australia, Canadá es un Estado federal, miembro de la Comunidad de Naciones, que está compuesto por antiguas colonias británicas, pero que, a diferencia de la primera, no fue poblado originalmente por colonizadores llegados principalmente de Inglaterra, Escocia e Irlanda.

De esa manera tenemos que, toda la región del río San Lorenzo, primero fue colonizada por franceses, antes de pasar a manos de la Gran Bretaña.

Por eso, en un principio, la población de origen francés fue muy numerosa en Canadá, aunque, con el tiempo las cosas cambiaron, y al final, la población anglosajona, no sólo se le equiparó en número, sino que llegó a constituirse en mayoría.

Desde el año 1500, pescadores ingleses, franceses, portugueses y españoles remontaban las costas canadienses, cada primavera.

Pero no fue sino hasta 1534, que un navegante francés exploró el Golfo de San Lorenzo y tomó posesión de la Nueva Francia en nombre de la corona francesa. Pasados unos años también llegaron diferentes órdenes de religiosos franceses, con la misión de evangelizar a los naturales, entre ellas, los jesuitas desarrollaron una intensa labor catequizadora.

59 Margadant (1988: 448).

Pero, a la postre, los ingleses adquirieron el control sobre el territorio. La expansión británica sobre el Canadá francés, o sea, lo que fue la Nueva Francia, se hizo en dos etapas.

La conclusión de la primera, coincide con el fin de la Guerra de Sucesión española, en 1713, con la firma del Tratado de Utrecht, en virtud del cual, Francia se obligó a ceder a Inglaterra, parte de las posesiones que tenía en Norteamérica.

Los siguientes treinta años fueron de tranquilidad y convivencia pacífica entre franceses e ingleses, lo que permitió el florecimiento de las ciudades de Quebec y Montreal, especialmente.

Sin embargo, en 1756 Europa vio el inicio de la Guerra de los Siete Años, que enfrentó nuevamente a ingleses y franceses.

La guerra concluyó, en 1763, año, que, a su vez, coincide y marca el fin de la segunda etapa de la expansión inglesa en Canadá. Con la firma del Tratado de París, Francia debió ceder a Inglaterra todo el territorio al este del río Mississippi y de esta manera, los súbditos franceses de la región pasaron entonces a serlo de la corona del Reino Unido. Por otra parte, en ese mismo año, la Gran Bretaña expidió un edicto real, declarando formalmente a Canadá como colonia británica.

1. *Historia del derecho canadiense*

Una ley del Parlamento británico, promulgada en 1791, dividió Canadá en dos partes, llamadas Alto y Bajo Canadá. La primera, predominantemente inglesa y la otra, predominantemente francesa, ambas sometidas a la soberanía de la corona, pero ambas también con su propio Parlamento y gobierno local.

En 1840 y a consecuencia de diferentes disturbios, la Oficina Colonial Británica adoptó una nueva forma de organización política para Canadá, disponiendo la unión de las dos

regiones, el Alto y el Bajo Canadá, para otorgarles un igual número de representantes en un nuevo Parlamento común.

Debido a la rivalidad entre el Alto y el Bajo Canadá, la nueva organización tampoco resultó satisfactoria, y así, en 1867, el Parlamento de Londres, promulgó una Constitución para Canadá, que en inglés se llama, *British North America Act*.

Esta Constitución dispuso la creación de una federación, constituida no sólo, por lo que hasta entonces fueron el Alto y el Bajo Canadá, sino además por las otras regiones del territorio, también bajo la soberanía inglesa; e igualmente dispuso que la situación política de este territorio fuera la de un dominio británico.

La federación canadiense, bautizada con el nombre de Dominio del Canadá, quedó en un principio constituida por las siguientes cuatro provincias: Quebec, Ontario, Nueva Brunswick y Nueva Escocia.

El Dominio del Canadá creció rápidamente y así sucedió que, dos años después de su creación, con la autorización del Parlamento inglés y mediante el pago de 300,000 libras, pudo comprar el territorio del Noroeste. En 1870, se creó e ingresó a la federación canadiense, la provincia de Manitoba. Más tarde, en 1871, la Columbia Británica también fue incorporada. Después se crearon otras provincias, que a su vez, fueron admitidas al Dominio, como fue el caso de Saskatchewan y Alberta, en 1905. Finalmente, Terranova se convirtió también en provincia de Canadá, en el año de 1949.⁶⁰

En 1982, para sustituir a la Constitución de 1867, el Parlamento británico dotó a Canadá de una nueva Constitución, que será objeto de análisis del siguiente apartado de este capítulo.

60 En la actualidad Canadá está integrado por diez provincias: Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, la isla Príncipe Eduardo, Quebec, Saskatchewan y Terranova y los territorios Noroeste y Yukon.

Aunque esta nueva Constitución haya surgido del Parlamento del Reino Unido y después fuera proclamada por la reina Isabel II, los autores canadienses consideran que con ella culmina el proceso por el cual Canadá se convirtió en una nación independiente, proceso, que por otro lado, había comenzado tiempo atrás.

Así, por ejemplo, el distinguido político canadiense, André Ouellet, sintetiza el desarrollo político-constitucional de su país en los siguientes términos. Nos dice que entre el Edicto Real de 1763 y la promulgación de la Constitución de 1867, o sea, el *British North America Act*, tuvieron lugar varias conferencias constitucionales, en las que participaron políticos canadienses, y cuyo resultado fue, precisamente, este último documento, que para Ouellet representa la primera Constitución de concepción propiamente canadiense. Muchos años después, una ley del Parlamento británico, el Estatuto de Westminster de 1931, reformó la Constitución de 1867, para reconocer la independencia política de Canadá.⁶¹

Cabe destacar, que el Estatuto de Westminster, tan sólo fue el reconocimiento oficial, por parte del gobierno británico, de los acuerdos tomados en la Conferencia Imperial de 1926, que había declarado a los dominios como naciones asociadas a la Gran Bretaña, con la misma situación política y los mismos derechos, unidas, únicamente, por su fidelidad a la corona.

2. *Constitución política de Canadá*

La nueva Constitución de 1982 se conoce como el *Canada Act* o el *Constitution Act* y, según el jurista canadiense Gerald L. Gall, es un documento muy complejo, cuyo origen debe buscarse en diversas fuentes. Éstas son, por un lado, la antigua Constitución, o sea, el *British North America Act*, de 1867 y,

61 Ouellet (1994: 114).

además, como nuevos elementos, se pueden mencionar, la Carta de Derechos y Libertades (*Charter of Rights and Freedoms*) y las provisiones que se refieren a las enmiendas constitucionales.

El *Canada Act* está compuesto entonces por la anterior Constitución, la Carta de Derechos y Libertades y la fórmula relativa a las enmiendas.

Por más que esta Constitución señale que: “Ninguna ley del Parlamento del Reino Unido, posterior al *Constitution Act*, de 1982, se considerará como parte del derecho canadiense”, el profesor Gall indica que el propio instrumento está contenido en una ley del Parlamento del Reino Unido, lo cual, y a pesar de la disposición citada, pone de manifiesto la importancia de la tradición legal de Inglaterra en el sistema jurídico canadiense.⁶²

Finalmente, es importante hacer notar que la Constitución de 1982, contiene el reconocimiento de los derechos de los pueblos aborígenes, así como también refuerza la jurisdicción de las provincias sobre sus recursos naturales.

3. *Fuentes del derecho canadiense*

Para Gerald L. Gall, las fuentes más importantes del derecho canadiense son, en primer lugar la ley y, en segundo lugar, la jurisprudencia.

Este autor además menciona otras fuentes del derecho de su país, que engloba bajo el denominador común de “miscelánea de fuentes”, entre las que incluye a las prerrogativas reales, la costumbre, la doctrina y la “moralidad”.⁶³

Por lo que a la ley se refiere, nos explica que conforme a la Constitución vigente, existen once cuerpos legislativos autónomos. Uno es el Parlamento de Canadá y los otros, las diez legislaturas provinciales.⁶⁴

62 Gall (1995: 61).

63 Gall (1995: 38-44). Las prerrogativas reales se refieren específicamente a la facultad que conserva la corona inglesa de conceder indultos.

64 Gall (1995: 38-39).

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución, en lo tocante a la distribución de competencias entre el Parlamento de Canadá y las legislaturas provinciales; a estas últimas, les corresponde, en principio, legislar lo relativo al derecho privado. La anterior circunstancia origina diferencias entre el derecho de las distintas provincias, además del gran cisma que existe entre la mayoría de ellas y la provincia de Quebec, cuyo sistema jurídico es en gran parte de tradición romano-canónica, mientras que los sistemas de las demás pertenecen a la familia del *Common Law*.

Buscando la unificación del derecho, se han elaborado leyes-tipo para determinadas áreas, con la recomendación de que las provincias las incorporen a su legislación. Este experimento —que en los Estados Unidos ha dado buenos resultados, si pensamos, por ejemplo, en el *Uniform Commercial Code*, adoptado por la mayoría de las legislaturas locales—, no ha tenido tanto éxito en Canadá.⁶⁵

La jurisprudencia —en inglés *case law*— es según Gall, la segunda fuente más importante del derecho canadiense.

Al redactar sus sentencias, especialmente las de apelación, los jueces de Canadá consignan los hechos, los puntos legales y los motivos de su decisión. Esta motivación o *ratio decidendi*, puede convertirse en precedente, que en el futuro, otros jueces deberán tener en cuenta, al decidir sobre casos relacionados con situaciones fácticas análogas, ya que en Canadá se aplica la doctrina de *stare decisis*, o sea, de la obligatoriedad del precedente judicial.

4. *La profesión legal en Canadá*

Según S. M. Waddams, profesor de la Universidad de Toronto, en Canadá, la historia de la enseñanza del derecho, es

65 Zweigert y Kötz (1992: 232).

muy joven, ya que hasta la década de 1940, con algunas honrosas excepciones, no existían escuelas de derecho en el país.⁶⁶

De tal forma, nuestra disciplina no se enseñaba en la universidad y los futuros abogados recibían un entrenamiento básicamente artesanal, consistente en un aprendizaje práctico, en la oficina de algún abogado ya establecido, además de algunos cursos organizados por las agrupaciones profesionales.

En 1949 se estableció la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y, subsecuentemente, otras cuatro universidades, en la misma provincia de Ontario, siguieron su ejemplo.

El plan de estudios de la Universidad de Toronto, adoptado después en muchas universidades canadienses, fue diseñado por el doctor C. A. Wright, quien a su vez se inspiró en el modelo norteamericano, particularmente en el de la Universidad de Harvard.⁶⁷

El estudiante de derecho, además de los estudios universitarios, debe realizar un período de práctica profesional y, también debe acreditar el curso de admisión a la Barra, curso, que por su parte, está supervisado por las asociaciones de abogados (*Law Societies*).

La división de la profesión legal en las dos ramas que tradicionalmente han caracterizado a su práctica en Inglaterra, la de los *barristers* y la de los *solicitors*, no existe en Canadá, en donde la misma persona puede realizar las tareas que en aquel país desempeñan unos u otros.

5. *Organización judicial*

No obstante la existencia de tribunales federales y de tribunales locales, o sea, los tribunales de las provincias, cuando el profesor Gall describe la organización judicial de su país, nos

⁶⁶ Waddams (1987: 23).

⁶⁷ *Idem* (1987: 24).

advierte que sobre este tema se pueden señalar dos diferencias fundamentales entre Canadá y los Estados Unidos.

En primer lugar, que la organización judicial canadiense se inspira esencialmente en el modelo británico y, en segundo lugar, que el sistema judicial de Canadá es un sistema unitario, “mientras que el sistema judicial americano consiste de dos diferentes sistemas judiciales”.⁶⁸

Con relación a los tribunales federales y enumerándolos en orden jerárquico, existen en Canadá: la Suprema Corte de Canadá, la Corte Federal de Canadá y el Tribunal Fiscal.

La Suprema Corte de Canadá tiene como función primordial conocer las apelaciones con relación a las sentencias de las cortes supremas de las provincias y la Corte Federal tiene competencia en asuntos relacionados con la administración federal.

Por lo que toca a la organización judicial de las provincias, a la cabeza encontramos a la Suprema Corte de la provincia, a la que en ocasiones se le designa como la corte de apelación; además existen los juzgados de distrito y las cortes provinciales.

Al igual que en Inglaterra, desde el siglo pasado, en Canadá se fusionaron los tribunales de *Equity* con los de *Common Law* y, por eso, se ventilan ante el mismo foro los casos derivados de cualquiera de estas ramas.⁶⁹

Antes de terminar con el tema de la organización judicial es necesario señalar que también existen tribunales administrativos, que como nos dice el profesor Gall, tienen funciones “cuasijudiciales”.⁷⁰

6. *El sistema jurídico de Quebec*

Como ya sabemos, en Canadá conviven dos familias jurídicas distintas.

⁶⁸ Gall (1995: 208).

⁶⁹ *Idem* (1995: 57).

⁷⁰ *Idem* (1995: 439).

Así, se puede afirmar que, la mayor parte del derecho canadiense pertenece a la familia del *Common Law*, mientras que en una de las provincias del país, en la provincia de Quebec, algunas ramas del orden jurídico corresponden a la familia romano-canónica.

En esta provincia, como señala el juez Paul Reeves, existe un sistema mixto,⁷¹ de *Common Law* por lo que al derecho público se refiere y apegado a la tradición romano-canónica, por lo que al derecho privado corresponde, especialmente el derecho civil.

Otra autora canadiense, Pearl Eliadis, habla del sistema legal de Quebec, como de un sistema híbrido.

Para ella, la historia jurídica de Quebec, es una historia que revela, por un lado, la preocupación por conciliar los intereses regionales dentro de la estructura federal, y por el otro, la lucha de una minoría étnica por preservar su identidad y su autodeterminación.⁷²

El dualismo jurídico de Quebec se explica si recordamos que la provincia primero perteneció a Francia, país que al igual que otras potencias colonialistas, trasplantó su derecho a sus posesiones ultramarinas.

Después de su incorporación a la corona británica, en 1763, Quebec logró conservar parte de su tradición jurídica romano-canónica, de herencia francesa, aunque esta situación no fue reconocida oficialmente por la Gran Bretaña sino hasta el año de 1774.

En un principio, la política de la metrópoli fue otra y así vemos que en el año de 1764, una orden real de Jorge III, dispuso:

1. El establecimiento de un gobierno civil, en el lugar.
2. La celebración, tan pronto como las circunstancias lo permitieran, de elecciones generales para integrar una asamblea

⁷¹ Reeves (1990: 165).

⁷² Eliadis (1995: 209).

legislativa, con facultades para emitir las leyes que aseguraran la paz, el bienestar social y el buen gobierno; leyes, que por otro lado, debían seguir tan cerca como fuera posible al derecho inglés y,

3. La creación de tribunales de justicia, para conocer de todas las causas, penales y civiles, de acuerdo al *Common Law* y la *Equity*.

Estas disposiciones provocaron reacciones negativas entre la población de Quebec y la comunidad francesa, con la anuencia del gobernador, elevó una petición al rey, solicitando:

1. La aplicación de las leyes y las costumbres locales mientras no contraviniesen el bienestar general.
2. El uso del francés tanto en los tribunales, como en la redacción de las leyes y,
3. El derecho de fungir como jurado, negado en Inglaterra a los católicos, así como las garantías necesarias para evitar la discriminación por motivos religiosos.

En 1774, un nuevo ordenamiento, el *Quebec Act*, autorizó la aplicación del derecho y el procedimiento civil franceses, consagró la libertad religiosa, el derecho del clero católico de percibir diezmos y, por lo que toca al derecho penal y a su procedimiento, dispuso que se aplicara el derecho inglés.

Más tarde, apareció, con el nombre de *Código Civil del Bajo Canadá*, un Código Civil para Quebec, inspirado en el Código de Napoleón, que adquirió fuerza de ley el 1o. de agosto de 1866. Además, se ordenó que las leyes vigentes hasta esa fecha, que fuesen contrarias a lo dispuesto por el código, quedaban abrogadas.

Este Código no sólo fijó el derecho civil de la provincia, unificándolo, sino que también logró garantizar la supervivencia de la tradición romano-canónica en la materia.⁷³

El profesor Margadant opina que este Código no sólo tiene influencia del Código Civil francés de 1804, sino que también tiene influencia del derecho prenapoleónico.⁷⁴

El 28 de junio de 1867 fue promulgado el Código de Procedimientos Civiles, que se inspiró también en el código francés de la materia, así como en el del estado de Luisiana, en los Estados Unidos.

Estos Códigos aparecieron en forma bilingüe, en francés y en inglés, otorgándoles a ambas lenguas la misma autoridad.

Una vez analizados los periodos de la historia del derecho quebequense y antes de dar por terminado el tema, nos parece útil reproducir un excelente resumen que de ellos nos proporciona Pearl Eliadis, antes citada.

Esta autora nos explica, que no desconoce el riesgo de reducir una historia compleja, a la simple enumeración de sus momentos más notables, pero que en general, los autores coinciden al considerar que las fechas y periodos más importantes de la historia jurídica de Quebec, podrían ser los siguientes:

1. 1663-1664, periodo en que rigieron las Ordenanzas de Luis XIV, que establecieron que el derecho aplicable en Nueva Francia, sería el francés, particularmente la *Coutume de Paris*.
2. 1774, año en que se expidió el *Quebec Act*, que si lo recordamos, autorizó, aunque en forma limitada, la aplicación del derecho francés, en la provincia.
3. 1866, promulgación del *Código Civil del Bajo Canadá*.
4. 1867, promulgación del *British North America Act*, conocido también como la Constitución de 1867, que creó la federación canadiense y,
5. 1991, promulgación del *Código Civil de Quebec*, que entró en vigor en 1994 y sustituyó al antiguo *Código Civil del Bajo Canadá*.⁷⁵

⁷⁴ Margadant (1988: 294).

⁷⁵ Eliadis (1995: 212).

Si bien el derecho de Quebec tiene vínculos estrechos con ambas familias jurídicas, anglosajona y romano-canónica, la organización judicial de la provincia es la misma que la de las otras provincias canadienses, o sea, que sigue el modelo inglés y de esta forma, tanto la doctrina acerca de la obligatoriedad del precedente judicial, como su práctica, operan de manera muy similar a las de Inglaterra. En Quebec, por otro lado, el mismo tribunal conoce tanto de los asuntos relacionados con el Código Civil, como de las otras materias.⁷⁶

Finalmente, por lo que a la profesión legal se refiere, el ejercicio de la abogacía está controlado en la provincia, por la Barra de Abogados de Quebec y por el Consejo de Notarios.

Para ejercer la profesión, además del grado universitario, se requiere acreditar el curso de admisión a la Barra y también un determinado tiempo de práctica profesional.

Los abogados registrados en Barras de otras provincias pueden solicitar su transferencia a la Barra de Quebec, pero deben presentar los exámenes que acrediten sus conocimientos del Código Civil.

Por lo que a la enseñanza del derecho corresponde, las universidades enseñan tanto *Civil Law* como *Common Law*. Seis universidades otorgan grados en *Civil Law*, que es el nombre inglés de la familia romano-canónica, y en dos de ellas, el estudiante puede obtener grados en ambos derechos: *Civil* y *Common Law*.⁷⁷

76 *Idem* (1995: 222).

77 *Idem* (1995: 224).

Capítulo III

EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

I. Generalidades	67
II. Historia del derecho americano	68
1. Época colonial	72
2. La Independencia	74
3. La Constitución	79
III. Estructura del derecho americano	81
IV. Fuentes del derecho americano	87
V. La profesión legal en los Estados Unidos: jueces y abogados	92
1. Organización judicial	92
2. Ejercicio profesional	97

Capítulo III

EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

I. GENERALIDADES

Entre los países que integran la familia jurídica del *Common Law*, el más poderoso, actualmente, es sin lugar a dudas Estados Unidos de América.

Su poder se refleja, entre otras cosas, en la influencia que ejerce en casi todos los rincones del planeta, influencia que por otro lado no se limita a lo político y lo económico, sino que también se manifiesta en otros aspectos culturales. De ahí que su derecho influya también cada vez más en los sistemas jurídicos de otros países, aun de aquellos que como México pertenecen a una familia jurídica distinta.

Particularmente en el caso de México y como consecuencia de la cercanía geográfica entre ambos países, esta influencia se hace aún más evidente.

No sólo por razones de tipo práctico, sino además, en atención a aquellas de carácter científico, decidimos dedicar un capítulo completo al derecho norteamericano, porque como dice el autor francés, André Tunc, el derecho de los Estados Unidos “es probablemente el más apasionante y complicado que existe”.⁷⁸

⁷⁸ Tunc (1971: 5).

Dividimos el estudio del derecho de los Estados Unidos en cuatro partes, subdivididas, a su vez, en apartados.

En la primera parte tratamos la historia del derecho americano, dividiendo esta historia en dos grandes periodos, para comenzar con la época colonial y luego estudiar el derecho después de la Independencia. Consideramos que estos dos grandes periodos son suficientes para los fines de este estudio, aunque no desconocemos que la periodización puede ser más detallada para subdividirse e incluir otras épocas. Así, por ejemplo, el jurista norteamericano, Roscoe Pound, propone cuatro periodos: el periodo colonial; el periodo formativo, que abarca desde la Revolución americana, que es como se conoce la Guerra de Independencia, hasta la Guerra Civil; el periodo de la estabilidad política, económica y jurídica y, finalmente, el cuarto periodo, que, para el autor citado, corresponde al desarrollo de la sociedad urbana e industrial y al Estado de bienestar.⁷⁹

En los siguientes puntos se examina, primero la estructura y después las fuentes del derecho de los Estados Unidos.

En el último apartado se trata lo relativo a la profesión legal en los Estados Unidos, los jueces y los abogados.

II. HISTORIA DEL DERECHO AMERICANO

Ya que el derecho americano pertenece a la familia jurídica del *Common Law*, sus raíces hay que buscarlas en el derecho inglés, aunque esto no quiere decir que el derecho de los Estados Unidos y el de Inglaterra sean iguales, porque como veremos más adelante existen diferencias muy profundas entre los sistemas jurídicos de estos dos países.

Estas diferencias obedecen a dos razones fundamentales: En primer lugar, a la circunstancia de que, el derecho americano

⁷⁹ Pound (1951: 55).

recibió y todavía sigue recibiendo influencias ajenas a la inglesa. Pensemos por ejemplo en el derecho español, que se aplicó en los estados de la Unión que en algún momento pertenecieron a la corona española, y con un grado mayor de supervivencia, hay que considerar también al derecho francés, por lo que toca, al estado de Luisiana, en donde hasta la fecha, muchas instituciones de raigambre romano-canónica, heredadas del derecho francés, conviven y se mezclan con aquellas derivadas del *Common Law*.⁸⁰

En segundo lugar, existe otra razón que no por mencionarla después, deja de ser tan importante como la primera, y es el hecho de que después de su Independencia, los Estados Unidos se convirtieron en una república federal, adoptando, de este modo, una organización político-constitucional diferente de la inglesa, razón por la cual el derecho histórico inglés tuvo que desenvolverse en una estructura política distinta de la original. Esta estructura, a su vez, dio origen a la aparición, en los Estados Unidos, del derecho federal y del derecho local, circunstancia que no encontramos en Inglaterra.⁸¹

En cuanto a los sistemas jurídicos locales, de cada uno de los estados de la Unión americana, no son iguales entre sí y existen especificidades que permiten diferenciarlos. La más importante, tal vez, aparezca en Luisiana, en cuyo derecho, como ya se había apuntado, confluyen dos tradiciones jurídicas, la del *Common Law* y la romano-canónica. Los elementos de la primera se encuentran también en los demás estados, constituyendo de algún modo lo que algunos autores califican como una versión constitucionalizada del *Common Law* inglés. Los elementos romano-canónicos, por su lado, aunque provengan de los derechos francés y español, se puede decir que se han americanizado, para constituir un subsistema distinto, que por

80 Osakwe (1986: 1106).

81 De Cruz (1995: 109).

su lado también puede considerarse como un sistema constitucionalizado de la familia romano-canónica.⁸²

Los especialistas consideran que el de Luisiana, es un sistema jurídico híbrido.⁸³ En su infraestructura, método y derecho público son relevantes los elementos del *Common Law*, mientras que su derecho privado, específicamente el derecho civil, regulado por el *Louisiana Civil Code*, que contiene las normas referentes a las personas, la familia, las obligaciones, los contratos y las sucesiones, encuentra su base en la familia romano-canónica, a través del derecho francés, del cual desciende. Del orden jurídico de Luisiana, esta rama es la que tiene más impacto en la vida diaria de sus habitantes, ya que regula casi todos los aspectos de las relaciones entre los particulares, de tal suerte, que para éstos, la rama más importante del derecho moderno del lugar, probablemente esté representada por el *droit civil*.⁸⁴

El profesor norteamericano Lawrence M. Friedman⁸⁵ afirma que el derecho de su país también tiene otras influencias. De los derechos indígenas y del derecho de otros pueblos europeos, además de ingleses, españoles y franceses. Estos serían los suecos que por un breve periodo colonizaron las riberas del río Delaware, y los holandeses que también por un corto tiempo lo hicieron en las del Hudson, hasta que, como dice Friedman, llegaron más ingleses, siendo así que a la postre fueron los angloparlantes, primero ingleses, luego americanos, quienes prevalecieron sobre los otros grupos, hasta llegar a consolidar un imperio que se extendería de costa a costa, del Atlántico al Pacífico. Sin duda, la lengua es un elemento aglutinador y Friedman, cuando nos habla de los angloparlantes, coincide con René David y Camille Jauffret-Spinosi cuando

82 Osakwe (1986: 1106).

83 *Idem* (1986: 1107).

84 *Idem* (1986: 1108).

85 Friedman (1973: 15).

afirman que la familia jurídica del *Common Law* incluye, salvo muy raras excepciones, a los derechos de todos los países de habla inglesa.⁸⁶

Los derechos de los otros pueblos que influyeron en la formación del derecho americano no tuvieron el mismo grado de importancia. Friedman agrega que de los derechos indígenas y del derecho sueco, casi no hay huella, y añade que hay autores que consideran que determinadas instituciones modernas pueden tener origen holandés.⁸⁷ En Luisiana, como ya habíamos señalado, sobrevive la influencia francesa, y en algunos estados del oeste hay vestigios del derecho español o del mexicano. Estos vestigios, tienen que ver, por un lado, con el régimen patrimonial del matrimonio y, en Texas y California, también con algunos aspectos de la propiedad inmobiliaria.⁸⁸ Todo lo demás, sostiene Friedman, si no es original del país, o sea americano, es inglés, o llegó vía Inglaterra, o bien se construyó sobre bases inglesas.

Es importante recordar la división histórica del derecho inglés, entre *Common Law* y *Equity*, para señalar que ambas ramas fueron trasplantadas a norteamérica.

Cada rama tenía sus propias reglas, sus propios procedimientos y sus propios tribunales y así fueron recibidas en los Estados Unidos, para fusionarse más tarde, al igual que sucedió en Inglaterra. Así tenemos que en el siglo XIX casi todos los estados de la Unión americana modificaron sus sistemas de procedimiento para abolir la división. Desde entonces el mismo tribunal conoce de los litigios derivados del *Common Law* o de *Equity*, y casi todas las distinciones entre uno y otro sistema han desaparecido. Sin embargo, aún ahora es importante saber a cual de los dos sistemas pertenece una determinada

86 David y Jauffret-Spinosi (1992: 251).

87 En la actualidad el derecho indígena es relevante para las tribus que tienen cierta autonomía.

88 Tunc y Tunc (1957: 180).

institución jurídica. Por ejemplo, como en *Equity* no se utilizó el jurado, si el día de hoy, un litigante pidiera su actuación para un asunto que históricamente correspondió a ese sistema, su pretensión será rechazada.⁸⁹

Antes de pasar al siguiente tema, nos parece importante señalar que aunque el derecho inglés haya sido preponderante en la formación del derecho americano, esto no quiere decir que la influencia del *Common Law* fuera siempre la misma, ya que algunas veces su presencia fue muy evidente y otras no lo fue tanto, como se verá más adelante.

1. *Época colonial*

La colonización inglesa de América del Norte empezó después que la española de Mesoamérica. De tal modo, no fue sino hasta principios del siglo XVII que apareció el primer asentamiento inglés en lo que hoy son los Estados Unidos, con la fundación de la ciudad de Jamestown, en Virginia, en el año de 1607.⁹⁰ Después de Jamestown, aparecieron otras ciudades a lo largo de la costa del Atlántico, que con el tiempo vinieron a integrar lo que se conoce como las trece colonias originales.

Las colonias, fundadas a través de diversos instrumentos jurídicos, constituyeron entidades políticas diferenciadas entre sí, sometidas, cada una por su lado, a la corona británica. En cuanto a su organización interna, algunas fueron provincias de la corona, con un gobernador real a la cabeza del gobierno, otras fueron administradas por compañías de tipo comercial o por grupos privados, y un tercer sector lo constituyeron otro tipo de entidades, que tuvieron más autonomía, que fueron las colonias fundadas por patentes reales o cartas —*char-*

⁸⁹ Friedman (1984: 70-71).

⁹⁰ Los viajes de descubrimiento de los ingleses ya habían comenzado para el siglo XV, pero la colonización empezó más tarde.

ters—. ⁹¹ Como sea, todas disfrutaron de un cierto grado de independencia frente a la metrópoli, cada una, por ejemplo, contó con su propia asamblea legislativa que, junto con sus tribunales, fueron creando el derecho colonial local, que vino a complementar, o modificar en su caso, al *Common Law* inglés. ⁹²

Por todo ello no se puede encontrar uniformidad en el derecho americano de esta época, y es imposible hablar de un solo derecho colonial. Además, aunque se pensó aplicar el *Common Law* en forma general, los colonizadores también recurrieron a las costumbres locales, entendiendo por ellas, las del particular rincón de las islas británicas de donde provinieran, lo que también contribuyó a que el derecho de cada colonia tuviera sus particularidades específicas

Además, las modificaciones al derecho inglés también se hicieron necesarias, porque los problemas que inicialmente enfrentaron los colonos de América del Norte eran distintos de aquellos con relación a los cuales el *Common Law* inglés se había venido desarrollando. Por otro lado, no hubo en las colonias, cuando menos al principio, juristas que conocieran sus principios y pudieran aplicarlos.

Por lo anterior, el derecho que se aplicó en Norteamérica, en los años siguientes a la llegada de los ingleses y durante casi todo el siglo XVII, fue un derecho arcaico, en algunas de las colonias, inspirado inclusive en la Biblia, y su aplicación fue responsabilidad de los jueces que gozaron de una discrecionalidad muy grande.

Con el fin de evitar que esa discrecionalidad provocara una aplicación arbitraria del derecho, algunas colonias emprendieron la tarea de codificarlo. Sin embargo, los códigos que aparecieron entonces, como el de Massachusetts, en 1634, o el de Pennsylvania, en 1682, no tienen mucha relación con un có-

⁹¹ Cfr. Hay (1992: 2) y para una explicación más amplia de la fundación y organización de cada colonia, véase, Story (1858: vol. I: 3-136).

⁹² Bryce (1888: vol. I: 22).

digo moderno, por lo que toca a técnica y sistematización, y a que su fin primordial fue solamente el de fijar el derecho por escrito, para que fuera conocido por todos, como defensa frente a una aplicación arbitraria de la ley.

Conforme las condiciones de vida de los colonos mejoraron, se transformaron también las concepciones del orden jurídico, que evolucionó para convertirse en un sistema más sofisticado.

Por lo anterior y porque además se le consideró como un baluarte ante la autoridad real y como un lazo de unión de los pobladores de habla inglesa frente a españoles y franceses, el *Common Law* encontró en esos momentos un ambiente propicio para su desarrollo. Por otro lado, también se inició el interés por su estudio, y así tenemos que los *Comentarios* de Blackstone aparecieron publicados en Filadelfia, entre los años de 1771 y 1772.⁹³

2. *La Independencia*

En la segunda mitad del siglo XVIII, las autoridades metropolitanas se propusieron hacer cambios significativos en la política colonial. Cambios que propiciarían una mayor injerencia de la Gran Bretaña en sus colonias americanas, implementando diferentes controles, relacionados con el comercio, —interno y externo—; la expansión de los colonos hacia el oeste y su supuesta obligación de ayudar en la manutención de las guarniciones inglesas acantonadas en Norteamérica. Para dar cumplimiento a este último punto se contempló la imposición de nuevos impuestos.

Lo anterior molestó sobremanera a los americanos cuya protesta no se hizo esperar. Alegaron que el Parlamento inglés carecía de facultades para legislar en materia impositiva en las

93 David y Jauffret-Spinozi (1992: 323).

colonias, ya que éstas no tenían representación en dicha Asamblea, su argumento se expresa, de manera abreviada, con una frase muy conocida, “no hay impuestos si no hay representación” (*no taxation without representation*).

El descontento y las protestas fueron en aumento y especialmente en la ciudad de Boston, Massachusetts, se registraron algunos incidentes violentos. El gobierno metropolitano respondió con ciertas medidas represivas, entre ellas cerrar el puerto de Boston al comercio, así como restringir, en términos generales, los derechos de la colonia.

Los americanos decidieron entonces convocar a una reunión, con representantes de las trece colonias, con el fin de discutir la situación.

Así nació el Primer Congreso Continental, inaugurado el mes de septiembre de 1774, en la ciudad de Filadelfia, Pennsylvania.

Todas las colonias a excepción de Georgia enviaron por lo menos un delegado, para sumar un total de 55 representantes, que tenían en su agenda como objetivos principales no sólo definir cuáles eran los derechos de las colonias, frente a la corona, sino también cómo exigirlos.

Fueron tres los acuerdos más importantes acordados en el Congreso:

1. Apoyar a Massachusetts.
2. Firmar una declaración de derechos y agravios, en la que se acusaba al gobierno británico de violar los derechos de las colonias. Derechos consagrados por los diferentes instrumentos de fundación, así como aquellos que les correspondían a los americanos como súbditos británicos, además de los que derivaban del derecho natural, y con relación a este último punto el Congreso textualmente se refirió a “las leyes inmutables de la naturaleza”.

3. Presionar a Inglaterra, declarando un boicot comercial en su contra. Con este fin se creó un organismo llamado la "Asociación", que vigilaría que el boicot se respetara.

Aunque en las resoluciones del Congreso no se mencionó la posibilidad de independizarse de Inglaterra, el distanciamiento entre las colonias y la madre patria se percibe claramente en los acuerdos tomados por la asamblea.

El Primer Congreso Continental se disolvió un mes después de su inauguración, no sin antes convocar a una segunda reunión, que debería celebrarse en mayo del siguiente año.

Antes de la fecha prevista, en Massachusetts, que en el ínterin se había declarado estado libre, empezaron las hostilidades, que al principio sólo fueron escaramuzas, pero que también fueron el preámbulo de lo que sería más tarde la Guerra de Independencia, o sea, la Revolución americana.

Al Segundo Congreso Continental, vuelto a reunir en Filadelfia, el 10 de mayo de 1775, no le quedó más que asumir los hechos consumados y organizar la milicia insurgente, aunque tardaría todavía un año en decidirse a declarar formalmente la independencia.

Finalmente, la Declaración de Independencia, redactada por Thomas Jefferson, se aprobó el 4 de julio de 1776, por mucho que, como señalamos anteriormente, la lucha había comenzado desde el año anterior.

La guerra duró aproximadamente cinco años y se puede decir que prácticamente terminó en 1781, con la rendición del general inglés Cornwallis en Yorktown, Virginia, si bien la paz, en la que Gran Bretaña reconoció a los Estados Unidos de América como país independiente, no se firmó sino hasta 1783.

Las trece colonias originales se convirtieron, entonces, en los trece primeros estados de la Unión americana, y formaron al principio una confederación, de acuerdo con lo establecido

por los *Artículos de la Confederación y Unión Perpetua* (*Articles of Confederation*).

Como los *Artículos de la Confederación* no dieron el resultado esperado, se contempló entonces la conveniencia de redactar una Constitución, que debía ser la ley suprema de la nueva nación.

La Constitución organizó a los Estados Unidos como una república federal, estableciendo un gobierno central con más poder del que se había previsto en los *Artículos de la Confederación*, reservándose, cada estado, la soberanía en su esfera interna.⁹⁴

Cabe destacar que la adopción de una Constitución escrita constituye otro punto de distanciamiento de la tradición inglesa, distanciamiento que además se acentuó debido al espíritu nacionalista propiciado por la Guerra de Independencia y que también tuvo otras consecuencias específicas en el ámbito jurídico. Nos referimos especialmente a la reticencia mostrada por algunos estados en cuanto a la aplicación del derecho inglés. De esta manera, algunas legislaturas locales prohibieron las citas de los precedentes de los tribunales británicos, contenidos en las decisiones judiciales que hubiesen sido dictadas después de la Independencia. También se dispuso que el *Common Law* inglés se aplicaría siempre que no contrariara las prácticas constitucionales y políticas, así como, las realidades geográficas de cada estado.⁹⁵ En otras palabras, se pensó que la independencia política podía venir acompañada de la independencia jurídica.

Por otro lado, también cobraron fuerza, en estos momentos, algunos principios básicos del derecho natural, como por ejemplo la idea de codificar el derecho, como se venía haciendo en la Europa continental.⁹⁶

94 Friedman (1984: 42).

95 De Cruz (1995: 111).

96 El movimiento codificador también contó con adeptos en Inglaterra, como Jeremy Bentham, por ejemplo.

Con base en lo anterior, René David y Camille Jauffret-Spinosi señalan que por un tiempo no fue muy claro el camino que seguiría el derecho de los Estados Unidos, como tampoco era fácil adivinar qué corriente imperaría, la de los defensores del *Common Law* o la de los partidarios de la codificación.⁹⁷

Al final resultaron vencedores los primeros y se puede afirmar que el *Common Law* heredado de Inglaterra fue la base del sistema jurídico de cada uno de los estados americanos, incluyendo, como ya se señaló, muchos aspectos del derecho de Luisiana.

Fue así entonces, que el derecho inglés, siguió aplicándose, aunque modificado, para adaptarlo a las diferentes condiciones económicas, sociales, políticas y geográficas de los Estados Unidos.

Por otro lado, los autores ingleses, como Blackstone, a quien habíamos ya mencionado, se siguieron leyendo y tuvieron una gran influencia en el pensamiento jurídico norteamericano. Por ello, el lenguaje y el método, así como los conceptos jurídicos fundamentales del derecho americano tienen su fundamento en el *Common Law* inglés, que también fue el que se enseñó en las universidades.

En un principio, los estudios de derecho se hacían en el bufete de algún abogado ya establecido. Más tarde se institucionalizaron, y así apareció la Escuela Litchfield, fundada en la ciudad del mismo nombre, en el estado de Connecticut, en 1784 y que permaneció abierta hasta 1833.

El método de enseñanza de esta escuela, así como el de otras instituciones similares, fundadas a lo largo del país, fue elemental, pero con ellas surgió la idea de que el derecho podía enseñarse en la universidad, en otras palabras, se consideró que la enseñanza de la disciplina podía convertirse de artesanal en escolarizada.

97 David y Jauffret-Spinosi (1992: 324).

En 1829, la Universidad de Harvard fue la primera universidad de los Estados Unidos en establecer un departamento autónomo de derecho, independizando su enseñanza, de la enseñanza de las otras disciplinas.

En esa época, también vieron la luz las primeras obras doctrinales nacionales. Entre los primeros tratadistas norteamericanos que destacan y cuyos escritos, en algún momento, sustituyeron a la literatura jurídica inglesa, tenemos a James Kent y a Joseph Story.⁹⁸

3. *La Constitución*

Entre las constituciones vigentes, la Constitución americana es una de las más antiguas del mundo y de las constituciones escritas es la más antigua. Data de finales del siglo XVIII y fue obra de la Convención Constitucional de Filadelfia, inaugurada el 5 de mayo de 1787.

A pesar del paso del tiempo, la Constitución americana no ha sufrido muchos cambios. Las modificaciones que se le han hecho, que se llaman enmiendas, en inglés *amendments*, han sido muy pocas, a la fecha tan sólo veintisiete.

La última enmienda, que a la letra establece “Ninguna ley que varíe la compensación por los servicios de los Senadores y Representantes tendrá efecto hasta que una elección de Representantes haya tenido lugar”, como acabamos de señalar es la enmienda número XXVII. Esta enmienda tiene una historia curiosa, ya que fue propuesta por el Congreso federal a los estados, el 25 de septiembre de 1789 y cobró validez más de doscientos años después, el 7 de mayo de 1992, al convertirse Michigan en el trigésimo octavo estado en ratificarla.⁹⁹

La Convención Constitucional de Filadelfia, redactó y aprobó la Constitución en cuatro meses, firmándola el 17 de

⁹⁸ De Cruz (1995: 112).

⁹⁹ Cfr. *Britannica* (1993: 16); y también *World Almanac* (1997: 522).

septiembre de 1787, para someterla después, a la ratificación de las convenciones de los estados, requiriéndose del voto aprobatorio de por lo menos nueve, para que entrara en vigor.

El orden en que cada estado ratificó la Constitución, fue el siguiente:

ESTADO	AÑO
Delaware	1787
Pennsylvania	1787
Nueva Jersey	1787
Georgia	1788
Connecticut	1788
Massachusetts	1788
Maryland	1788
Carolina del Sur	1788
Nueva Hampshire	1788 ¹⁰⁰
Virginia	1788
Nueva York	1788
Carolina del Norte	1789
Rhode Island	1790 ¹⁰¹

Sobre el tema hay que señalar que las votaciones para ratificar la Constitución, no fueron uniformes en los diferentes estados.

La aprobaron por unanimidad las convenciones de Georgia, Nueva Jersey y Delaware; por una gran mayoría las de Pennsylvania, Connecticut, Maryland y Carolina del Sur, pero en otros estados la historia fue distinta y especialmente en Massachusetts, Nueva York y Virginia la votación fue muy reñida.¹⁰²

Una de las objeciones más graves hechas a la Constitución fue la de que en su texto original no se incluyera una declaración de derechos fundamentales.

¹⁰⁰ A partir de este momento la Constitución cobró eficacia, al convertirse Nueva Hampshire en el noveno estado en ratificarla.

¹⁰¹ *Cfr.* Bryce (1888: vol. I: XXX).

¹⁰² Story (1858: vol. I: 191).

Esta omisión fue subsanada con la adopción de las primeras diez enmiendas, incorporadas a la Constitución en 1791 y que vinieron a constituir lo que se conoce en inglés como *Bill of Rights*, en español, Carta de Derechos.

Antes de terminar con el tema, queremos agregar que en varios estados, cuando menos al principio, hubo más delegados en contra que a favor de la Constitución. El triunfo final de los federalistas, como se llamaron sus más entusiastas promotores, se debió precisamente a la defensa que de ella hicieron, tanto verbalmente —con su participación en los debates—, como por escrito. Al respecto fue muy importante una serie de artículos periodísticos, más tarde reunidos en un libro, *El federalista*, cuyos autores fueron Alexander Hamilton, John Jay y James Madison.¹⁰³

III. ESTRUCTURA DEL DERECHO AMERICANO

Siguiendo a René David, creemos que para ubicar a un determinado derecho nacional, dentro de alguna de las grandes familias jurídicas, además de las consideraciones de tipo histórico, es necesario atender a otros elementos. Entre los que se encuentran la estructura y también las fuentes formales del sistema.

Por eso y sabiendo de antemano, que el derecho de los Estados Unidos pertenece a la familia jurídica del *Common Law*,

¹⁰³ Hamilton quien se desempeñó brillantemente como abogado en la ciudad de Nueva York, fue el primer secretario del Tesoro. Jay, que era el mayor de los tres, fue también un prestigiado abogado neoyorquino, formó parte del grupo de norteamericanos que negociaron la paz con la Gran Bretaña en 1783, y fungió después como secretario de Relaciones Exteriores. Más tarde se convirtió en el primer presidente —Chief Justice— de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Madison, originario de Virginia, fungió como secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, para convertirse después en el cuarto presidente de los Estados Unidos, se le considera como uno de los pensadores políticos más distinguidos de la época, y también sobresalió como uno de los redactores de la Constitución. Véase, *The Federalist* (1937) y su traducción castellana *El federalista* (1957).

que a su vez tiene su base en el derecho inglés, es posible afirmar que la estructura y las fuentes del derecho americano, así como las del inglés, sino iguales, son, por lo menos, muy parecidas.

Por las anteriores razones, en las siguientes secciones, que dedicamos al estudio, primero, de la estructura del derecho americano y después de sus fuentes, lo hacemos comparando, la una y las otras, con las del derecho inglés, para señalar las semejanzas y las diferencias, que se pueden encontrar en estos dos derechos.

Como acabamos de mencionar, la estructura del derecho de los Estados Unidos es similar a la estructura del derecho inglés, ya que ambos sistemas pertenecen a la misma familia jurídica. Por eso encontramos en ellos las mismas divisiones y los mismos conceptos jurídicos fundamentales.

Pero a pesar de las reflexiones anteriores, hay que señalar, en primer lugar, una diferencia fundamental entre los sistemas jurídicos de estos dos países, diferencia que ya habíamos mencionado y que es la existencia en los Estados Unidos de un orden jurídico federal y de varios órdenes jurídicos locales, en otras palabras, de un derecho federal y del derecho local o de los estados.¹⁰⁴ Esta división, como ya sabemos, se debe a que en los Estados Unidos existe un régimen federal, situación que no se da en Inglaterra.

Por otro lado, en un sistema federal, la primera cuestión que hay que plantearse tiene que ver con la distribución de competencias entre la federación y las entidades que la integran.

Este problema, en los Estados Unidos, queda resuelto por el propio texto constitucional.

Así vemos que la Constitución federal en su enmienda X establece que:

104 David y Jauffret-Spinosi (1992: 329).

“Las facultades que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservadas a los Estados respectivamente, o al pueblo”.

Delegar a los Estados Unidos, en este contexto significa delegar al país, en su conjunto, como un todo, que quiere decir, que lo que no se faculta expresamente a la Unión, representada a su vez por el gobierno federal, será competencia de los estados, salvo que se les prohíba.

Apartándonos del texto constitucional, que se puede considerar como el aspecto formal del federalismo, nos parece interesante comentar la opinión del autor americano, antes citado, Lawrence M. Friedman, quien al abordar el tema que nos ocupa, lo hace de una manera muy amplia, advirtiendo en primer lugar, que una de las características relevantes del sistema legal americano es precisamente estar organizado sobre una base federal, que presupone la existencia de un gobierno central o nacional que comparte el poder con los estados en que se divida el país, teniendo cada uno de ellos su propio gobierno local.¹⁰⁵

Aunque este autor no lo diga en tantas palabras, nos parece que debemos entender que el poder compartido por la federación y los estados, al que alude, incluye la facultad de creación del derecho, facultad que en los Estados Unidos corresponde no sólo a los legisladores sino también a los jueces, ya que, como el inglés, el derecho americano es un sistema preponderantemente jurisprudencial.

Agrega Friedman que el federalismo en los Estados Unidos va más allá de un plan formal, es, nos dice, una tradición política y cultural, es parte de la vida nacional. Por esta razón, él considera que el sistema jurídico de los Estados Unidos es eminentemente parroquial, lo que quiere decir que en la cultura legal norteamericana, el derecho local, en sus diferentes mani-

105 Friedman (1984: 123).

festaciones, es muy importante. Este carácter localista del derecho americano, no es sólo teórico, también se revela en la práctica, haciendo que, a lo largo del país, abogados y jueces tengan su propia idiosincrasia.

Friedman sostiene que son estas diferentes maneras de actuar, las que impiden hablar de uniformidad, o cuando menos de una uniformidad total, del sistema jurídico norteamericano, salvo por lo que atañe al orden jurídico federal. Este autor añade, que por eso, aunque el derecho de un estado pueda parecerse al de otro, esta semejanza, probablemente no fue impuesta en forma obligatoria, y si no fue intencional, cabe la posibilidad de que se haya originado por la existencia de condiciones parecidas, en los dos estados en cuestión.¹⁰⁶

Pese a lo anterior, Friedman considera que en las últimas décadas se ha producido un fortalecimiento del gobierno central, o más bien dicho, una ampliación de los ámbitos de su competencia, y que algunas materias del derecho americano que en algún momento fueron de la estricta competencia de los estados ahora se encuentran reguladas por leyes federales.

Sin embargo, el federalismo, y el sistema de frenos y contrapesos, destinado a equilibrar el poder entre las diferentes ramas y niveles del gobierno, siguen estando vigentes, como al principio. Por lo que también siguen siendo válidas las palabras del eminente comparatista norteamericano, John Henry Merryman, cuando afirma que en los Estados Unidos existen "...un sistema jurídico federal y cincuenta sistemas jurídicos estatales".¹⁰⁷

Para continuar con este tema, es pertinente mencionar la opinión de William P. Statsky, profesor del Western State University College of Law, de San Diego, California. Para él, el sistema legal de los Estados Unidos, lo forman, no uno, sino tres sistemas distintos, que corresponden a los diferentes nive-

106 Friedman (1984: 131).

107 Merryman (1971: 13).

les de gobierno, que aunque independientes entre sí, están íntimamente relacionados. El autor se refiere al gobierno federal, al gobierno estatal (de cada estado) y al gobierno local, de las ciudades y los condados. Niveles de gobierno, que, a su vez, divide en las tres ramas tradicionales: la rama legislativa, que hace las leyes, la ejecutiva, que las ejecuta y, la judicial, que las interpreta. La interrelación entre las diferentes ramas y niveles del gobierno, es, precisamente, lo que Statsky llama federalismo.

El autor que nos ocupa, agrega que, con relación al gobierno federal, el Poder Legislativo se deposita en el Congreso de la Unión; el Poder Ejecutivo en el presidente, el vicepresidente y los departamentos gubernamentales, llamados también agencias administrativas, a cuya cabeza se encuentra un titular, que recibe el nombre de secretario; y, que, el Poder Judicial lo detentan la Suprema Corte de los Estados Unidos y los demás tribunales federales. Con relación al gobierno de los estados, el Poder Legislativo lo detenta la legislatura local, el Ejecutivo, el gobernador y las agencias administrativas estatales; y el Judicial los tribunales locales.¹⁰⁸

Aparte de esta diferencia, entre los sistemas jurídicos de Inglaterra y los Estados Unidos, y que repetimos, se debe a la existencia del régimen federal norteamericano, existen otras diferencias, que en todo caso, provienen de ese régimen y que, tienen, además, un carácter más concreto.

Ellas tienen que ver con la estructura del gobierno, en sus diferentes niveles y ramas, y caracterizan, a su vez, al derecho constitucional y al administrativo.

Con relación al gobierno federal, la Constitución de los Estados Unidos, establece, en la sección 1, del artículo I, que el Poder Legislativo se deposite en el Congreso de los Estados

108 Véase Statsky (1986: 329).

Unidos, que es bicameral y está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

El artículo II del mismo ordenamiento prescribe que el Poder Ejecutivo se deposite en el presidente de los Estados Unidos de América.

El Poder Judicial, por su lado, según la sección 1 del artículo III, recae en la Suprema Corte y los demás tribunales federales.

La estructura de la administración pública federal es muy compleja, el presidente es auxiliado por los miembros de su gabinete, mismos que son responsables de los diferentes departamentos gubernamentales.

Para complicar aún más las cosas, tenemos la existencia de las comisiones federales, de diversa naturaleza y que, inciden, a su vez, en el desarrollo de otras ramas del derecho. A manera de ejemplo, podemos mencionar a la Comisión de Valores (*Securities and Exchange Commission*), que por su lado, influye en el desarrollo del derecho mercantil y del bancario.

Por lo que al gobierno de los estados se refiere, la Constitución federal en su artículo IV, sección 4, establece que los Estados Unidos garantizarán a cada uno de los estados de la Unión, una forma republicana de gobierno.

El gobierno de los estados está regulado por cada una de las constituciones locales y su estructura se inspira en la estructura del gobierno federal, aunque pueden existir variaciones de estado a estado.

Los jefes del Poder Ejecutivo de los estados son los gobernadores, auxiliados por los funcionarios locales. Existe un buen número de oficinas administrativas, que hacen que la administración local sea también una estructura compleja.

Los estados tienen sus propias legislaturas, en su mayoría integradas por dos cámaras.

En cuanto al Poder Judicial local, se divide en varios niveles, que incluyen, por regla general, una suprema corte del

estado, un tribunal de apelación y los tribunales de primera instancia.¹⁰⁹

IV. FUENTES DEL DERECHO AMERICANO

Las fuentes más importantes del derecho americano, son la jurisprudencia y la ley, lo cual pone de manifiesto otra semejanza con el sistema jurídico inglés, aunque también en este ámbito se pueden encontrar diferencias, como veremos a continuación.

La jurisprudencia. Al igual que ocurre con el derecho inglés, el norteamericano, como ya lo habíamos hecho notar, con anterioridad, es un derecho esencialmente jurisprudencial. Repetimos, que jurisprudencia, en este contexto, alude al conjunto de decisiones judiciales, llamadas en inglés, *case-law*.

Por lo que se refiere a la regla de *stare decisis*, o sea, la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, no encontramos en los Estados Unidos el mismo rigor en su aplicación, como el que existe en Inglaterra, lo que hace más fácil que un tribunal norteamericano desconozca sus propios precedentes.

Lo anterior tiene diferentes explicaciones. René David y Camille Jauffret-Spinosi señalan que como consecuencia del sistema federal, los estados de la Unión son soberanos con relación a su régimen interno y por ello cuentan con su propia organización judicial. Es así, entonces, que en el país existen tribunales federales y tribunales locales y, como las cortes superiores de los estados pueden establecer precedentes, esta circunstancia provocaría diferencias irreductibles entre los derechos de los estados, si la regla de *stare decisis* no se aplicara de una manera más flexible.¹¹⁰

Para André y Suzanne Tunc, la relativa debilidad del precedente judicial del derecho americano constituye una de las di-

109 Hay (1992: 28-29).

110 David y Jauffret-Spinosi (1992: 351).

ferencias más notables, con relación al derecho inglés y encuentran varias razones para explicarla.

Opinan en primer lugar, que como la regla de *stare decisis* estaba todavía desarrollándose en Inglaterra, cuando se trasplantó a Norteamérica, no había alcanzado aún la autoridad que luego alcanzó.

En segundo lugar, no hay que olvidar, nos dicen, que el *Common Law* inglés fue trasplantado a otro continente con diferentes condiciones sociales y económicas, y por fuerza tuvo que adaptarse a ellas, operándose en él los cambios necesarios.

En tercer lugar, señalan que el desarrollo de la regla del precedente judicial en Inglaterra, requirió de un sistema jurídico altamente técnico, con jueces y abogados igualmente calificados, y que este no fue el caso en los Estados Unidos de los primeros tiempos coloniales. Sin desconocer, que después, el derecho americano evolucionaría para convertirse en un sistema complejo, con un grupo profesional muy competente, mencionan que, en los Estados Unidos apareció la práctica, que subsiste hasta el día de hoy, de designar o de elegir a los jueces de entre destacadas personalidades de la vida pública. Esta circunstancia provoca que los miembros de la judicatura, al fundamentar sus decisiones, recurran, también a argumentos de carácter ideológico y político, además de las razones técnicas, que por otra parte representa la principal fuente de inspiración de los jueces ingleses.

Un cuarto factor puede buscarse en el prurito comparatista de los juristas norteamericanos, que ha dado lugar a un sinnúmero de estudios comparados del derecho de los diferentes estados. Lo anterior, a su vez, ha originado el espíritu crítico de los jueces y los abogados, espíritu, que por su lado, parece ser contrario al espíritu rígido que caracteriza a la regla de *stare decisis* del derecho inglés.

Un quinto elemento, que también puede explicar la flexibilidad de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, es

la existencia en los Estados Unidos, de una gran cantidad de precedentes publicados, situación que hace que los jueces, a menudo, los consideren, desde un punto de vista estadístico, o cuantitativo, más que cualitativo.

Finalmente, los autores citados añaden que, como la sociedad americana es una sociedad especialmente dinámica, también, es una sociedad pragmática y mudable, características que se revelan, entre otras cosas, en la actuación de la Suprema Corte y en la infinidad de cambios que se pueden detectar en sus criterios, especialmente cuando aborda temas constitucionales y políticos.¹¹¹

Las sentencias de los tribunales americanos se publican tanto en repertorios oficiales como en colecciones privadas.

De estas últimas hay que mencionar los *American Reports* en donde se publican en forma sistemática las sentencias más importantes del país, y también el *Annotated Reports System* y el *National Reports System*. El primero publica, comentándolas, las sentencias más importantes, mientras que el segundo, que es más completo, no tiene comentarios.

También hay que mencionar, lo que en los Estados Unidos se conoce como “libros de citas” (*citation books*), que son obras permanentemente actualizadas, que hacen un seguimiento de la vida de las sentencias, así como de los principios en ellas establecidos. Una de las publicaciones más importantes de este género se llama *Shepard's Citations*.¹¹²

Son también muy importantes, los *Restatements of the Law*, publicados por una asociación privada, el *American Law Institute*, y que según David y Jauffret-Spinosi son una especie de Digesto, de cada rama del derecho, ya que contienen las decisiones judiciales, ordenadas sistemáticamente, por materia.¹¹³

111 Tunc y Tunc (1957: 296-304).

112 *Idem* (1957: 503-510).

113 David y Jauffret-Spinosi (1992: 353-353).

La ley. Como consecuencia del régimen federal americano, existen en los Estados Unidos, leyes federales y leyes de los estados.

Por lo que toca a la jerarquía de las leyes, en el ámbito federal, la Constitución de los Estados Unidos de América, es la que ocupa el lugar más alto. No sólo es la ley fundamental del país, sino que, para los americanos, la Constitución es algo todavía mucho más importante, algo así como la encarnación de la nación, como señalan René David y Camille Jauffret-Spinosi.¹¹⁴

Después, de la Constitución, siguen las leyes federales, emanadas del Congreso de los Estados Unidos y al lado de ellas los tratados internacionales.

En el mismo escalón figuran, en el campo procesal, las reglas de los diferentes procedimientos, establecidas por la Suprema Corte y dotadas de fuerza legal por el Congreso.

Además existen las leyes que expiden los departamentos administrativos, en virtud de facultades delegadas del Congreso.

Se puede repetir para la legislación local lo que acabamos de asentar con relación a la legislación federal, y al respecto es aconsejable recordar la advertencia de André y Suzanne Tunc, en el sentido de que las leyes federales prevalecen sobre las leyes de los estados.¹¹⁵

La tendencia de codificar el derecho, en el sentido en que lo han hecho los países de Europa continental, así como los países de otros continentes que pertenecen a la misma familia jurídica, no es una característica primordial del sistema americano.

No obstante lo anterior, debe señalarse que, como el derecho legislado, cuando menos en los últimos años, ha sido muy abundante, los americanos han tenido la necesidad de sistematizarlo; lo cual ha originado la aparición de compilaciones oficiales y privadas de la legislación, tanto federal, como local.

114 David y Jauffret-Spinosi (1992: 354).

115 Tunc y Tunc (1957: 25).

A estas compilaciones se les conoce como *Revised Laws* (leyes revisadas) o *Consolidated Laws* (leyes consolidadas) y también se les llama, a veces códigos, como es el caso del *United States Code Annotated* (Código Anotado de los Estados Unidos) que se refiere a las leyes federales.

El Código Anotado contiene, en orden alfabético de materias, las leyes federales vigentes, reunidas en esta forma para facilitar su manejo.

También existen códigos estatales, civiles, penales y procesales. Dichos ordenamientos, según la opinión de René David y Camille Jauffret-Spinosi, sólo representan la consolidación de la legislación vigente y no pretenden como un código de corte napoleónico, exponer, de acuerdo a un plan sistemático preconcebido, las reglas jurídicas generales de alguna materia determinada del sistema legal de que se trate.¹¹⁶

Para terminar con lo relativo a la fuente del derecho que venimos estudiando, o sea, la ley, hay que agregar que además de una tendencia ordenadora existen también en los Estados Unidos las tendencias de armonizar y de unificar las leyes del país.

Para dicha armonización y unificación se han seguido dos caminos distintos. Uno consiste en proponer a las legislaturas locales que adopten leyes tipo, en determinados campos, lo cual ocasionó, por ejemplo, la adopción de un Código Uniforme de Comercio, el *Uniform Commercial Code*, promulgado por casi todos los estados de la Unión.

La otra vía consiste en la absorción por el Congreso federal de algunas materias que antes fueron competencia de las legislaturas locales.

Para ilustrar lo anterior Lawrence Friedman señala que antes de los años treinta y de la gran crisis económica iniciada en 1929, la seguridad social, por ejemplo, competía no a la fede-

116 David y Jauffret-Spinosi (1992: 362).

ración, sino a las ciudades, los condados y los estados, pero como la depresión trajo consigo la ruina de las finanzas locales, tuvo que ser el gobierno federal quien se encargara de muchos programas, como el de pensiones de vejez y el de seguros de desempleo. Friedman menciona otras esferas en las que el gobierno federal tiene ahora una gran participación como son la educación y la lucha contra el crimen.¹¹⁷

V. LA PROFESIÓN LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS: JUECES Y ABOGADOS

Volvemos a repetir, que, al igual que el inglés, el derecho americano es un derecho esencialmente jurisprudencial y que por eso los abogados, especialmente los jueces, juegan un papel fundamental en la creación del orden jurídico.

Alexis de Tocqueville, cuando visitó los Estados Unidos en la primera mitad del siglo XIX, no dejó de sorprenderse del lugar privilegiado que ocupaban los abogados en la sociedad norteamericana y así lo comenta en su libro, *La democracia en América*, cuando afirma que constituían “la clase política superior y la clase social más intelectual”.¹¹⁸

Por lo anterior, los siguientes apartados, que por otro lado, son los últimos del capítulo tercero, que se refiere al derecho de los Estados Unidos de América, los dedicamos a la organización judicial y al ejercicio profesional.

1. *Organización judicial*

Poder Judicial Federal. Como ya sabemos, con relación al Poder Judicial Federal, el tribunal más alto es la Suprema Corte de los Estados Unidos, según lo dispuesto por el artículo III

¹¹⁷ Friedman (1984: 136-137).

¹¹⁸ Tocqueville (1980: vol. 1: 253)

de la Constitución, en el primer párrafo de la sección 1, que establece que:

“El Poder Judicial de los Estados Unidos se depositará en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores que de tiempo en tiempo el Congreso ordene y establezca”.

La competencia de la Suprema Corte está delimitada por el segundo párrafo, de la segunda sección del mismo artículo, que establece que:

En todos los casos en que estén involucrados embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquéllos en que un estado sea una de las partes, la Corte suprema tendrá la jurisdicción original. En todos los demás casos tendrá la jurisdicción de apelación, tanto respecto a la ley como al hecho, con las excepciones y bajo las reglas que estableciere el Congreso.

Por la lectura de este artículo, es fácil deducir que el verdadero quehacer de la Corte lo representan los casos de apelación. Para evitar el rezago existen diversas medidas, que mencionamos a continuación.

Por un lado, hay que señalar que la jurisdicción de apelación es una jurisdicción bifurcada, ya que comprende tanto a la jurisdicción obligatoria, como a la jurisdicción discrecional, que por su lado abarca el mayor número de casos, con relación a los cuales, la propia Corte decide su intervención, o sea, si acepta o no conocer el asunto, y en caso afirmativo lo hará, a través de la expedición de un *writ de certiorari*.¹¹⁹

Por el otro lado hay que destacar, dentro de la organización judicial federal, la existencia de tribunales intermedios, entre la Suprema Corte y los juzgados de distrito, como son los tribunales de circuito, que conocen en forma definitiva de casi

119 El *writ de certiorari* da lugar a que la Suprema Corte conozca en apelación la sentencia de un tribunal inferior, federal o local, para revisar su decisión. Véase Black (1990: 1609).

todas las apelaciones con relación a las sentencias dictadas por aquellos.

Aunque ningún texto legal le haya otorgado expresamente la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, la Suprema Corte de los Estados Unidos, desde el año de 1803, a raíz del famoso caso *Marbury vs. Madison*, estableció este principio.¹²⁰

El caso *Marbury vs. Madison* se puede sintetizar de la siguiente manera. Marbury, demandó a Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, reclamando la confirmación del nombramiento de juez de paz, hecho a su favor por el anterior presidente de los Estados Unidos. Marbury acudió directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para solicitar que expidiera un *writ* de *mandamus*, ordenando al secretario Madison, enviar el documento correspondiente, al quejoso. El señor Marbury apoyó su demanda en el *Judiciary Act*, promulgado por el Congreso de la Unión en 1789. La Suprema Corte, por unanimidad de votos, decidió, que en este caso, era incompetente para expedir el *writ* solicitado por Marbury. Como base de esta decisión, el presidente de la Corte, *Chief Justice* Marshall, argumentó que aunque el nombramiento de juez de paz reunía los requisitos legales y Marbury tenía derecho a reclamarlo, la Suprema Corte no tenía competencia para librar el *mandamus*, ya que la Constitución de los Estados Unidos, establece, que la Corte, salvo en determinados casos, es sólo una instancia de apelación y que el caso de Marbury no figuraba entre aquéllos enumerados por la Constitución como de su competencia original, y como el tribunal no podía actuar en contra de la Constitución, el *Judiciary Act* debía ser considerado como una ley inconstitucional.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad, de los actos de los otros poderes, declarándolos inconstitucionales,

120 David y Jauffret-Spinozi (1992: 354).

cuando sean contrarios a la Constitución, es lo que en inglés se conoce como *judicial review*.

La Suprema Corte de los Estados Unidos está integrada por nueve ministros. Un presidente —*Chief Justice*— y ocho jueces asociados —*Associate Justices*— y siempre funciona en forma colegiada.

Después de la Suprema Corte se sitúan los tribunales de circuito, que son tribunales de apelación, que también funcionan colegiadamente, cuya circunscripción jurisdiccional se denomina “circuito” y existen, en la actualidad, once circuitos.¹²¹ Al final, en el nivel más bajo de la jerarquía judicial federal, se encuentran los juzgados de distrito, como tribunales de primera instancia.

Los juzgados de distrito se llaman así porque su jurisdicción se extiende a lo que se conoce como distrito judicial; en los estados pequeños existe un sólo distrito judicial y varios en los más grandes. Los jueces de estos tribunales funcionan generalmente en forma aislada, pero hay asuntos para los que se requiere que lo hagan como colegio.

Existen también otros tribunales federales que conocen de asuntos relacionados con algunas materias específicas, como la *Claims Court* (Tribunal de Quejas), que tiene competencia cuando se exige la responsabilidad del Estado, la *U.S. Tax Court* (Tribunal Fiscal) y la *U.S. Court of International Trade* (Tribunal de Comercio Internacional).

Los jueces del Poder Judicial Federal son nombrados por el presidente de los Estados Unidos, con la aprobación del Senado de la República.

Poder Judicial de los estados. La organización del Poder Judicial de los estados comprende varios niveles y puede variar según el estado, ya que cada uno es soberano para organizar su judicatura como estime conveniente.

121 Hay (1992: 39).

En el nivel más bajo existen, en algunos estados, los jueces de paz, con una jurisdicción limitada, tanto civil como penal.

Después siguen los tribunales de jurisdicción general, que reciben el nombre de cortes superiores, cortes de distrito o cortes de circuito. En algunos estados existe uno de estos juzgados por condado, y también pueden funcionar como tribunales itinerantes en los condados menos poblados.

En la cúspide de esta pirámide judicial se sitúan las cortes supremas, llamadas también cortes de apelación, como se las conoce en los estados de Maryland y Nueva York, por ejemplo.

Lo anterior se puede decir que son los lineamientos generales de la organización judicial de los estados, pero hay muchas variantes.

En algunos estados existen lo que se conoce como cortes municipales, que han venido a reemplazar a los juzgados de paz y que tienen una jurisdicción más amplia. En otros estados encontramos otros tribunales, conocidos como cortes del condado, con una jurisdicción limitada en asuntos civiles y penales, y con competencia en algunos asuntos administrativos. Existen además diversos tribunales de jurisdicción específica, como los juzgados de menores, de herencias, de relaciones familiares, y también los juzgados para asuntos de menor cuantía, que en algunos estados constituyen ramas de las cortes de condado.¹²²

Se conocen tres vías para la designación de los jueces de los estados. En aproximadamente un 80% de ellos, el cargo es de elección popular y así los jueces son elegidos en forma directa por los ciudadanos, en otros estados los elige la legislatura, a propuesta del gobernador; y todavía en otros, con relación a los jueces de las cortes más altas, por analogía con la Suprema

122 Según Lawrence Friedman, los tribunales inferiores de los estados son “el sótano de la judicatura”, en ellos se litigan los asuntos más insignificantes, dejando en ocasiones mucho que desear en la manera en que aplican el derecho, véase Friedman (1984: 58).

Corte de la Nación, son designados por el titular del Poder Ejecutivo estatal.

Antes de terminar con el tema, hay que agregar que las oficinas administrativas, a nivel federal y estatal, conocen de los procedimientos administrativos y que sus decisiones pueden ser revisadas por los tribunales ordinarios.

El jurado. Esta institución es muy importante en los Estados Unidos ya que su funcionamiento y la posibilidad de que conozca de determinados casos tiene el carácter de garantía individual.

Así tenemos que la enmienda VI de la Constitución establece que en las causas penales, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del estado y distrito en donde el crimen haya sido cometido.

Por otro lado, la enmienda VII prescribe que en los litigios de *Common Law*, que excedan de veinte dólares, existe el derecho al juicio por jurado.

2. *Ejercicio profesional*

No siempre hubo tantos abogados, ni ocuparon, en la sociedad de Norteamérica, un lugar tan importante, como el que sorprendió tanto a Alexis de Tocqueville.

Antes de la Independencia hubo inclusive colonias, especialmente aquellas dominadas por el clero, en donde había una franca hostilidad hacia ellos. Sin embargo y a pesar de este sentimiento, los abogados buscaron y muy pronto encontraron un lugar preponderante en la sociedad americana. Además, en un país en el que el crecimiento económico fue tan dinámico, los abogados se hicieron muy necesarios, por no decir que indispensables. Así vemos que después de la Independencia, la profesión legal creció de manera significativa. Para ilustrar lo anterior es muy gráfico un ejemplo cuantitativo, la proliferación de abogados en el estado de Massachusetts,

en donde había sólo 15 en 1740, y un siglo después el número había aumentado a 640, para representar un crecimiento diez veces mayor que el crecimiento global de la población.¹²³

A diferencia de Inglaterra, en donde los abogados pueden escoger entre cualquiera de las dos ramas que ofrece la profesión legal, por un lado, los *barristers*, que son los únicos que pueden aparecer ante las cortes superiores de justicia, y por el otro lado, los *solicitors*, que generalmente actúan como consejeros legales y sólo pueden litigar en las cortes inferiores, en los Estados Unidos, encontramos solamente una categoría, la del *lawyer*, palabra que no tiene un equivalente exacto en español y que nosotros en este estudio decidimos traducir como abogado.

Los requisitos para poder ejercer la abogacía en los Estados Unidos varían de estado a estado. Por regla general, además del grado universitario los futuros abogados deben presentar un examen, aplicado por las asociaciones profesionales, las barras de abogados, bajo la supervisión de los tribunales. La persona que acredita el examen en un estado determinado, generalmente sólo puede ejercer en ese estado, tanto en los tribunales del estado como en los federales, y además mediante el pago de una cuota, no muy alta, puede quedar inscrita en la lista de abogados acreditados ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.¹²⁴

Para poder presentar el examen de la barra, es necesario obtener antes un grado universitario en derecho. Esta exigencia es relativamente nueva en los Estados Unidos, ya que si-

123 Véase Friedman (1984: 232-250). Este autor considera que además del desarrollo económico y el carácter dinámico de los americanos deben buscarse otras causas que expliquen el crecimiento de la profesión legal en los Estados Unidos. Pudiera pensarse que igual que sucedió con los romanos de la antigüedad, los americanos tengan también una especial vocación para el derecho.

124 Para Martin Mayer el ejercicio de la abogacía en los Estados Unidos es un privilegio concedido por cada estado, una vez acreditado el examen de la barra, véase Mayer (1967: 5).

guiendo la tradición de los países del *Common Law*,¹²⁵ ese requisito, no apareció sino hasta las primeras décadas de este siglo.¹²⁶

A pesar de que, en los Estados Unidos, el ejercicio profesional no se encuentre dividido, como es el caso de Inglaterra, desde hace algunos años apareció una figura que, aunque, no constituye una segunda rama de la profesión, si agrupa a personas que se pueden considerar como auxiliares técnicos de los abogados y que en inglés reciben el nombre de *paralegals*, conociéndose la actividad que desempeñan como *paralegalism*, y hay que agregar, que muchas escuelas imparten cursos en esta especialidad. El profesor Statsky define a estas personas, como individuos con ciertos conocimientos de derecho, y capacitación en determinadas áreas, que trabajan bajo la supervisión de un abogado y que están autorizados por la ley para hacerlo.¹²⁷

125 La exigencia de un grado universitario en derecho como requisito para ejercer la abogacía es una tradición romano-canónica.

126 *Cfr.* Abel (1988: 86).

127 Statsky (1986: 4).

Capítulo IV

EL *TRUST*

I. Generalidades	101
II. Definición del <i>trust</i>	105
III. Antecedentes y desarrollo del <i>trust</i>	107
IV. Naturaleza jurídica del <i>trust</i>	112
V. Clases de <i>trusts</i>	119
VI. Comparación del <i>trust</i> con el fideicomiso . .	122

Capítulo IV

EL TRUST

I. GENERALIDADES

Para los comparatistas alemanes, Konrad Zweigert y Hein Kötz, el “estilo” jurídico es uno de los factores más importantes para caracterizar a las diferentes familias legales, así como para estar en posibilidad de determinar la ubicación de un particular derecho nacional dentro de una de aquéllas.¹²⁸

Los autores citados nos explican que el estilo jurídico está integrado por una serie de características específicas compartidas por un grupo de derechos.

Para encontrar el estilo jurídico hay que buscar, valga la redundancia, rasgos estilísticos distintivos, que deben referirse a las cualidades importantes o esenciales, comunes a varios sistemas jurídicos, más que a las diferencias triviales que en ellos se puedan encontrar.

Para determinar el estilo jurídico de un sistema o de una familia de derechos, Zweigert y Kötz piensan que las instituciones jurídicas particulares, compartidas por los sistemas jurídicos que integran una familia son muy importantes. Entre éstas se pueden mencionar, con relación a la familia del *Common Law*, la representación (*agency*), la ausencia, en principio, de remedios específicos (*remedies in specie*); el *trust*, el sorprendente casuismo del derecho referente a la responsabilidad civil

¹²⁸ Zweigert y Kötz (1992: 63-75).

(*torts*), las peculiaridades del derecho de propiedad, con sus diferentes clases y su distinción entre propiedad real y personal, etcétera.

Los autores citados, consideran que las instituciones mencionadas son muy significativas y nos pueden ayudar a distinguir a las familias y sistemas jurídicos, ya que les imprimen un sello particular, y por eso recomiendan estudiarlas con más cuidado.¹²⁹

Siguiendo su consejo hemos escogido una de estas instituciones jurídicas como objeto de estudio del último capítulo de este libro, para hacer aquí el análisis del *trust*, que además, nos proporciona un excelente ejemplo para ilustrar el dualismo del derecho inglés y otros derechos de la misma familia jurídica, representado por la convivencia de los dos sistemas, el *Common Law* y la *Equity*, que ya hemos mencionado muchas veces.

Con referencia al *trust*, los tratadistas ingleses sostienen que además de ser una de las instituciones más típicas de su derecho, es también una de las más originales, ya que según afirman, es difícil encontrar una institución equivalente en otros sistemas jurídicos, en este sentido, el distinguido autor inglés F. W. Maitland opina que el *trust*:

Es una institución de gran elasticidad y generalidad, tan elástica y tan general como el contrato.

Probablemente constituye el logro más distintivo de los juristas ingleses. A nosotros nos parece casi esencial a la civilización y sin embargo no hay nada exactamente igual en el derecho extranjero. Si analizamos, por ejemplo, el Código Civil de Alemania —*Bürgerliches Gesetzbuch*—, ¿en dónde está el *trust*? en ninguna parte. Esto a los ojos de un abogado inglés constituye una enorme laguna.¹³⁰

129 *Idem* (1992: 73).

130 Maitland (1936: 23).

Pensamos que la opinión de Maitland puede matizarse, ya que si bien es cierto que en otros derechos no hay nada exactamente igual al *trust* inglés, no se puede desconocer la existencia de instituciones análogas, como podría ser el fideicomiso, en el caso de México, por ejemplo, al que nos referimos más adelante.

Preferimos la opinión de Zweigert y Kötz, cuando explican que lo que sucede es que en los sistemas jurídicos de los países de la familia romano-canónica, no hay una institución que por sí sola desempeñe todas las funciones que el *trust* desempeña en los países de *Common Law*.¹³¹

Sobre el tema, el profesor norteamericano Austin Wakeman Scott, cuyo libro, *The Law of Trusts*,¹³² se ha convertido en una de las obras clásicas de la materia, externa una opinión semejante a la de los profesores alemanes.

Scott señala que aunque el *trust* sea una institución jurídica típica del sistema legal angloamericano, los objetivos que cumple no son exclusivos de este sistema. Agrega que en otros derechos se pueden encontrar diversas instituciones parecidas al *trust*, para regular situaciones similares. En el derecho romano, por ejemplo, las funciones del *trust* las desempeñaron el *usus*, el *usufructus*, el *fideicommissum* y la *bonorum possessio*, y actualmente en los países cuyos derechos descienden del derecho romano, existen instituciones que equivalen a las arriba mencionadas.

Scott opina que las semejanzas de estas figuras con el *trust* son muchas. A tal punto, que en algún momento se pensó que tanto éste, como el “*use*”, figura que lo precedió, y que expli-

131 Zweigert y Kötz (1977: vol. 1: 275). En la versión más reciente del libro de estos autores, la de 1992, se suprimió el capítulo relativo al *trust*, por eso es que con relación a este tema citamos la edición anterior.

132 Scott (1939: vol. 1: 26). Este autor participó en la redacción del *Restatement of Trusts*, publicado por el *American Law Institute*, que se refiere al derecho del *trust* de los Estados Unidos. Existe edición posterior del libro de Scott, sin embargo, preferimos utilizar la que aquí se consigna porque su sistematización se acerca más a la que nosotros seguimos en este trabajo.

camos más adelante, descendían del derecho romano. La idea anterior se basó en el argumento de que los cancilleres, que por mucho tiempo fueron eclesiásticos, miembros de la Iglesia católica y por tanto conocedores del derecho romano y del derecho canónico, se inspiraron en ellos, para crear el “*use*” y el *trust*. Sin embargo, esta hipótesis fue desechada y actualmente se considera que aunque el “*use*” y el *trust* puedan tener ascendencia germánica, su desarrollo tuvo lugar en el sistema jurídico inglés, como consecuencia del dualismo característico de este sistema, o sea, la separación histórica entre los tribunales de *Equity* y de *Common Law* y que ambas instituciones se consolidaron en el Tribunal de la Cancillería. Además, y a pesar de que puedan parecerse, ni el “*use*”, ni el *trust* descienden del *fideicommissum*, ni de ninguna otra institución jurídica romana.¹³³

Antes de entrar de lleno al estudio del *trust* y haciendo caso de una advertencia del profesor Rodolfo Batiza, que es especialista en la institución que nos ocupa, cabe aclarar que, además de la acepción jurídica, que es la que aquí analizamos, existe una acepción económica de la palabra *trust*, que nosotros, por razones obvias, no analizamos en este trabajo. Batiza señala que dicha acepción se utiliza para designar a las organizaciones monopolistas que suprimen “la libre concurrencia mediante el acaparamiento de la producción, la regulación del abastecimiento y la fijación de los precios”.¹³⁴

Este capítulo está dividido en cinco apartados. En el primero de ellos reproducimos y comentamos algunas definiciones del *trust*, en el segundo, hablamos de su historia y desarrollo, para incluir la explicación del “*use*”, que como ya se mencionó es una institución jurídica antecedente del *trust* y de la cual desciende. El tercer apartado se refiere a la naturaleza jurídica del *trust*, y la manera en que diversos autores, tanto ingleses y

133 Scott (1939: vol. 1: 27).

134 Batiza (1976: 28).

americanos, como el francés Pierre Lepaulle, cuyo pensamiento ha sido muy importante en Latinoamérica, conciben este problema. Continuamos en el cuarto apartado con la clasificación de los *trusts* y la explicación de las diferentes clases. Finalmente, en el quinto y último apartado, hacemos la comparación entre el *trust* y el fideicomiso, que en México, de alguna manera, es su equivalente.

II. DEFINICIÓN DEL TRUST

Ya que el *trust* es una institución general y elástica, que además cumple diversos objetivos y desempeña diferentes funciones, es difícil encontrar una definición lo suficientemente amplia para englobarlo. De tal forma, los especialistas de la materia, más que definirlo, prefieren describirlo o explicarlo.

En el primer párrafo de la voz correspondiente del diccionario jurídico, *Oxford Companion to Law*, encontramos al *trust* caracterizado como:

Un acuerdo en virtud del cual, el propietario —*truster*— (fideicomitente) entrega y concede la administración de alguna cosa o algún derecho a una persona o grupo de personas —*trustees*— (fiduciarios), para beneficiar a un tercero —*cestui que trust*— (fideicomisario), o para la realización de un fin determinado.¹³⁵

Los profesores Graham Moffat, Michael Chesterman y John Dewar reproducen la definición de otro colega suyo, Lewin, que describe al *trust* de la siguiente manera:

La palabra *trust* se refiere a las obligaciones a cargo de una persona llamada *trustee*, con relación a la administración de bienes que tiene o que controla, según lo establecido en el instrumento constitutivo del negocio. Las ganancias que la ad-

135 Walker (1980: 1241). La palabra *truster* en español sería fideicomitente, *trustee* sería fiduciario y *cestui que trust* sería fideicomisario.

ministración de los bienes produzca, serán en provecho no del *trustee*, sino de los beneficiarios, que reciben el nombre de *cestuis que trust*, si los hubiera, y en caso contrario, se aplicarán a la realización de un fin lícito y exigible judicialmente. Un *trustee* puede figurar como beneficiario, en cuyo caso le corresponderán las ventajas, dentro de los límites establecidos en el instrumento constitutivo del *trust*.¹³⁶

Los autores citados, aunque consideran que la anterior definición es una de las más completas, hacen algunas precisiones para ampliarla y explicarla. De esta manera, agregan:

1. En la mayoría de los casos el *trust* nace de un acto expreso de voluntad, de un individuo (o grupo de individuos), que se conoce como “fundador”, “creador”, “donante”, o “testador”, cuando el *trust* se establece en un testamento.
2. El *trust* también puede nacer de la ley en forma directa o de una resolución judicial, una y otra, en determinados casos, pueden imponer *trusts* a los particulares, convirtiéndolos en *trustees* con relación a algún bien que les pertenece o está bajo su control.
3. Puede existir pluralidad de cualquiera de los sujetos que intervienen en el negocio.
4. El *trust* puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles y también sobre bienes incorpóreos, como el caso de los derechos de autor, por ejemplo.

Nos parece interesante otra definición del *trust*, que difiere un poco de las anteriores, y es la del profesor americano Austin Wakeman Scott, quien nos dice que el *trust* implica una relación fiduciaria, que nace de un acto expreso de voluntad y se refiere a una propiedad, imponiéndole al tenedor de ella, la obligación de administrarla en beneficio de otra persona.

De esta definición el autor citado destaca los siguientes elementos:

1. El *trust* es una relación jurídica.
2. Es una relación de carácter fiduciario.
3. Es una relación que se refiere a la propiedad, por ello, el *trustee* adquiere el título respectivo, aunque lo tenga en favor de otro.
4. La relación crea obligaciones para el tenedor de la propiedad con relación al beneficiario y,
5. La relación nace de la intención de crearla.¹³⁷

El *trust*, como cualquier relación, contempla dos aspectos. Por un lado, la obligación del *trustee* de entregar al beneficiario las ganancias de la propiedad administrada, y por el otro, el derecho que este último tiene a ellas.

Para Scott, una relación tiene carácter fiduciario cuando se establece sobre la base de la confianza y la buena fe. Este carácter existe en el *trust*, pero también en otras relaciones jurídicas, tales como las que se dan entre tutor y pupilo, representante y representado, abogado y cliente, etcétera.

La confianza y la buena fe de las relaciones fiduciarias, particularmente por lo que al *trust* se refiere, se manifiestan en la responsabilidad del *trustee*, quien actúa en beneficio del *cestui que trust*, de acuerdo a lo establecido en el negocio. Además, por regla general, no se le permite delegar sus funciones en un tercero, y no debe lucrar a expensas del beneficiario. En caso de realizar algún negocio con este último, tiene la obligación de comunicarle todas sus características, y si no lo hiciera, el beneficiario podrá rescindirlo.¹³⁸

III. ANTECEDENTES Y DESARROLLO DEL TRUST

Por lo que a los antecedentes del *trust* corresponde, los especialistas coinciden cuando afirman que la institución es muy

¹³⁷ Scott (1939: vol. 1: 32-33).

¹³⁸ *Idem* (1939: vol. 1: 34-35).

antigua y que descende de una institución medieval llamada “*use*” (“uso”).

Maitland advierte que para entender el “*use*”, lo primero que hay que explicar es su nombre. Se trata —nos dice— de una palabra curiosa, que equivocó su propio origen, en el sentido de que no proviene del término latino *usus* sino de otra palabra latina, *opus*. La frase “*ad opus*” se utilizó en el latín vulgar para significar “en su nombre”, más adelante, *ad opus* pasó al francés antiguo como *al oes, ues*, para convertirse, finalmente, en el término inglés *use*. En la época de Guillermo el Conquistador, en su famoso *Domesday Book*, se encuentran las expresiones *ad opus regis*, para describir la toma de posesión de tierras hecha por un funcionario real a nombre del rey. Más tarde la frase se generalizó para designar otros casos de representación, o sea, aquellos en que alguien hace algo, o posee algo en nombre de otro.¹³⁹

El “uso” medieval se empleó primordialmente en la transmisión de la tierra. Un ejemplo práctico, que sirve para ilustrar su aplicación, puede ser el siguiente:

Un vasallo, A, transmite su tierra a tres amigos, B, C y D, indicándoles que entreguen los productos de la misma a determinada persona, él mismo u otro(s), disponiendo además de la tierra para después de su muerte, estableciendo que entonces se divida, por ejemplo, entre su hijo mayor, como beneficiario de la mayor parte, y que el resto se reparta entre sus hijas e hijos más pequeños, y alguna institución religiosa. Además, dispone que se liquiden sus deudas y también impone otras obligaciones a los *trustees*, como las de pagar, con los productos de la tierra, los legados pecuniarios contenidos en su testamento.¹⁴⁰

Tanto por lo amplio de su contenido, como porque permitía evitar algunas obligaciones feudales, el “*use*” se hizo muy

139 Maitland (1936: 24).

140 Moffat, Chesterman y Dewar (1988: 27).

popular. A través de esta figura se podía evitar, por ejemplo, el pago de una determinada cantidad, que le correspondía al señor feudal, por la transmisión de la tierra del vasallo, a la muerte de éste. De tal forma, el vasallo podía transmitir su tierra a la confianza (*in trust*) de amigos, quienes quedaban obligados a guardarla para el “uso” (*in use of*) del transmitente, mientras viviera, para transmitirla a su muerte a su hijo mayor, cuando llegara a la mayoría de edad. El hijo adquiriría, entonces, no del padre sino de los *trustees*, y por tanto, la adquisición tendría lugar por un acto *inter vivos*, y no por herencia, situación que no daba nacimiento a los derechos del señor, si la transmisión hubiese sido por un acto *mortis causa*.

Para el *Common Law*, el “use” confería al *trustee* la “propiedad legal” (“*legal ownership*”) de la tierra, mientras que el *cestui que use* (beneficiario) tendría una propiedad reconocida sólo por la *Equity* (“*equitable ownership*”). Lo anterior dio lugar a que dos sistemas jurídicos distintos, *Common Law* y *Equity*, cada uno con sus propios tribunales, otorgaran facultades sobre una misma cosa, a dos personas diferentes, situación que constituye la base histórica de lo que se conoce como división o desdoblamiento de la propiedad, que es precisamente, la característica más relevante del *trust*.¹⁴¹

El “use” se utilizó, con cierta frecuencia, en los siglos XIII y XIV, pero no se podía hacer valer ante los tribunales reales. Por eso, en caso de que los *trustees* no cumplieran con el encargo, el beneficiario no tenía recurso alguno conforme al *Common Law*¹⁴² y para exigir el cumplimiento debía recurrir a la jurisdicción de *Equity*, acudiendo, para ello, al tribunal de

141 Zweigert y Kötz (1977: vol. 1: 277). Esta doble reglamentación de la propiedad se parece a la que existió en el derecho romano, en donde se encuentra la reglamentación del derecho civil y la del derecho honorario, aunque con consecuencias distintas.

142 Usamos aquí los términos *Common Law* en su acepción restringida, para referirnos a una de las ramas del derecho inglés, y no en su acepción amplia que se refiere a la familia jurídica del mismo nombre.

la Cancillería. De ahí que tanto el “*use*”, como más tarde el *trust*, que vino a sustituirlo, sean figuras que nacieron como consecuencia del dualismo del sistema jurídico inglés, y pertenecen a esa rama jurídica, que conocemos como *Equity*.¹⁴³

Se cree que para finales del siglo XIV y que con toda seguridad para el siglo XV, la jurisdicción de *Equity* con relación al “*use*” quedó perfectamente definida, y que al tiempo de las Guerras de las Dos Rosas (1455-1485),¹⁴⁴ casi toda la tierra de Inglaterra se poseía amparada por títulos de “*use*”.

Como ya se explicó, a través de esta institución, los vasallos evadían las cargas sucesorias a favor del señor feudal, pero además podían hacer nugatorios otros derechos que le correspondían, como por ejemplo, aquel que lo facultaba para apropiarse de las tierras del vasallo, que lo traicionara, empuñando las armas en su contra y a favor de otro señor. También esto se podía evitar si el vasallo transmitía sus tierras a un amigo, en calidad de “*legal owner*” (“propietario legal”, o sea, reconocido por el *Common Law*), reteniendo para sí la “*equitable ownership*” (propiedad conforme a *Equity*), circunstancia que le permitiría pelear impunemente, en contra de su señor feudal, porque conforme al *Common Law*, el propietario de la tierra lo sería ahora un tercero, que además era neutral.

Las prácticas abusivas del “*use*”, especialmente la evasión de algunas cargas fiscales, afectaron al erario real, que también las

143 En Escocia, cuyo derecho no conoció el dualismo característico del derecho inglés, o sea, la división entre *Common Law* y *Equity*, el *trust* tuvo un desarrollo distinto, y no se basa en el desdoblamiento o división de la propiedad, sino en la noción de que ésta se transmite al *trustee*, pero con limitaciones, ya que éste debe administrarla de acuerdo a lo establecido por el *trust* y en beneficio de otro, que por su lado puede exigir el cumplimiento del encargo. En Escocia tampoco existe el fiduciario institucional.

144 Guerras civiles entre dos casas pretendientes al trono de Inglaterra, la casa de Lancaster y la de York. Su nombre tiene que ver con las divisas de ambas, la casa de Lancaster una rosa roja y la de York, una blanca. La contienda terminó con la batalla de Bosworth, en la que pereció el rey Ricardo III, en 1485. El triunfador, perteneciente a la casa de Lancaster, subió al trono como Enrique VII y se casó con Isabel de York, consolidando así los intereses de ambas casas.

recaudaba. No hay que extrañarse que un rey poderoso, como lo fue Enrique VIII,¹⁴⁵ haya logrado que el Parlamento expidiera una ley sobre la materia, el *Statute of Uses*, de 1535, cuyo nombre lo traduce Batiza al español como *Ley de Usos*¹⁴⁶ y cuyo objetivo principal fue el de limitar su práctica.

La *Ley de Usos* alcanzó, en alguna medida, el objetivo deseado, especialmente porque introdujo reformas que simplificaron las reglas del *Common Law* relativas a la transmisión de la tierra. Persiguiendo el mismo propósito, también fueron benéficas las reformas de una ley sobre testamentos, el *Statute of Wills*, de 1540, que agilizó los procedimientos para disponer de la tierra por herencia.¹⁴⁷

La institución del “*use*” no desapareció del todo, ya que subsistió en algunos casos. La interpretación judicial de la *Ley de Usos* consideró que sólo se abolían los que se refirieran a la propiedad inmobiliaria, cuando no establecían obligaciones de carácter positivo para el *trustee*, y que la ley no afectaba a los “usos” que lo hicieran, como tampoco afectaba a aquellos cuyo objeto fueran bienes muebles.

Por otro lado, con la decadencia del feudalismo, surgió la idea de que no sólo la riqueza inmobiliaria era importante, sino también la mobiliaria, y pronto se adoptó una nueva figura para su administración y transmisión, que fue el *trust*. Esta institución, según Batiza, para el siglo XIX “había alcanzado su madurez completa, y quedarían sólo por solucionar aspectos de detalle. El cambio de mayor importancia se registra en el suministro de servicios técnicos especializados, con la aparición del *trustee* institucional.”¹⁴⁸

Para concluir con el tema de la historia del *trust*, recurrimos nuevamente al profesor Scott, que nos dice que hubieron de

145 Moffat, Chesterman y Dewar (1988: 30).

146 Batiza (1976: 38).

147 Moffat, Chesterman y Dewar (1988: 31).

148 Batiza (1976: 45).

transcurrir siglos para que la institución se convirtiera, primero, en una institución jurídica, y llegara a ocupar, después, un papel preponderante, como la figura central del sistema de *Equity*.

Scott considera que se pueden señalar cuatro periodos, más o menos definidos, con relación al desarrollo del *trust*.

El primer periodo se inicia con la aparición del “*use*”, aproximadamente en el siglo XIII, porque, a pesar que la figura se conoció desde antes, su práctica fue irregular. Este periodo inicial termina a principios del siglo XV, cuando el “*use*” adquirió obligatoriedad, gracias a la práctica judicial del Tribunal de la Cancillería.

El segundo periodo se prolonga hasta la promulgación de la *Ley de Usos*, en el siglo XVI.

El tercer periodo llega hasta finales del siglo XVII, cuando se inicia el desarrollo del *trust* moderno.

Finalmente, el cuarto periodo corresponde, precisamente, al desenvolvimiento de esta institución.¹⁴⁹

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST

Maitland considera que para los juristas ajenos al *Common Law*, el *trust* es una figura difícil de entender, ya que no encaja fácilmente en sus estructuras legales.

Para explicar la naturaleza jurídica del *trust*, este autor señala que en primer lugar hay que determinar la naturaleza del derecho del beneficiario. Para poder hacerlo, empieza refiriéndose a la dicotomía del derecho privado, que puede conferir facultades de dos clases, *in rem* o *in personam*. Como ejemplo de la primera clase, Maitland menciona al *dominium*, es decir, la propiedad, y en la segunda clase, ubica a los derechos derivados del contrato, o sea, los derechos de crédito.

149 Scott (1939: vol. 1: 11).

La cuestión estriba en saber, agrega, a cual de estas dos clases corresponde el derecho del beneficiario (*cestui que trust*).

En principio Maitland afirma que el derecho del *cestui que trust* tiene elementos de ambas clases, en otras palabras, que tiene algo de real y algo de personal. Por ello, también considera que la ubicación del derecho del *cestui que trust* en un código de tradición europea continental no sería fácil, ya que habría que decidir si el lugar adecuado es en el capítulo relativo a los bienes o en aquel que regula las obligaciones.

A pesar de lo anteriormente expuesto, el autor citado, al hacer un último análisis de la cuestión, vuelve los ojos a la historia del *trust*, y rectifica su opinión, para concluir que, probablemente, el derecho del *cestui que trust* tiene carácter personal, ya que es oponible a una persona determinada, o sea, a un sujeto pasivo individualizado, el *trustee*.¹⁵⁰

El autor norteamericano Scott al tratar lo relativo a la naturaleza de la institución, empieza por explicar que la palabra *trust* la utilizan tanto jueces como abogados con diferentes acepciones, y que en su acepción más amplia, el término lo usan para incluir a otras figuras, además del *trust*, propiamente dicho. Entre estas figuras Scott menciona al depósito, el albaceazgo, la tutela y la curatela, y la representación. Después, con el propósito de desentrañar la naturaleza jurídica del *trust*, procede a compararlo con las figuras mencionadas.¹⁵¹

En los siguientes párrafos resumimos el resultado de estas comparaciones.

1. Comparación del *trust* con el depósito (*bailment*). Nos parece oportuno aclarar primero, que la figura que en inglés se llama *bailment*, no sólo corresponde a nuestro depósito, sino que también puede equivaler al comodato.

Como ya habíamos dicho, el término *trust* en sentido amplio se utiliza para referirse a otras relaciones fiduciarias,

150 Maitland (1936: 23).

151 Scott (1939: vol. 1: 30)

como es el caso que nos ocupa y explicamos en las siguientes líneas.

Scott considera que en sentido estricto, *bailment* y *trust* son diferentes. En primer lugar, porque el depositario sólo tiene la posesión de la cosa, mientras que el *trustee* tiene un título de propiedad; y, en segundo lugar, porque el *trust* es una institución que pertenece al sistema de *Equity* y el *bailment* pertenece al sistema del *Common Law*.¹⁵²

2. Comparación del *trust* y el albaceazgo (*executorship*). Aunque se puedan encontrar rasgos comunes entre el albacea y el *trustee*, es preciso —dice Scott— diferenciar ambas figuras.

Una primera diferencia se puede encontrar si recordamos la historia de cada una. Así, podremos afirmar que, para exigir el cumplimiento de un *trust*, el actor debía acudir al Tribunal de la Cancillería, mientras que para exigir la responsabilidad del albacea, debía hacerlo ante un tribunal eclesiástico, ya que la Iglesia, en algún momento, tuvo la jurisdicción sobre la materia.

Una segunda diferencia tiene que ver con las obligaciones del *trustee* y del albacea. Cabe señalar que las obligaciones del primero, por regla general, son muchas y muy variadas, todas las que se incluyan en el instrumento constitutivo del *trust*, mientras que las del albacea son más limitadas.¹⁵³

3. Comparación del *trust* con la tutela y la curatela (*guardianship*). Scott opina que desde cierta perspectiva, los tutores y los curadores pueden ser considerados como *trustees* de sus pupilos, porque tienen la obligación de administrar sus bienes y responder por la administración. Sin embargo, en un sentido estricto, por las razones que a continuación se enumeran, considera que no es correcto homologar a tutores y curadores con *trustees*.

152 *Idem* (1939: vol. 1: 42).

153 *Idem* (1939: vol. 1: 48).

En primer lugar porque los primeros sólo tienen la posesión de los bienes del pupilo y no un título de propiedad, como tiene un *trustee* con relación a los bienes objeto del *trust*.

En segundo lugar, porque, si tutores o curadores, al administrar los bienes del pupilo, tuvieran que hacer alguna demanda judicial, la harían en nombre del pupilo, mientras que los *trustees* demandarían en nombre propio.

En tercer y último lugar, hay que señalar que los tutores y curadores son nombrados para casos de excepción, como son los casos de incapacidad, y que, además, sus atribuciones están fijadas limitativamente por la ley. El *trust*, por su lado, no se refiere a una situación de excepción y, además, existe una mayor flexibilidad para fijar las atribuciones del *trustee*, generalmente más amplias que las de un tutor o un curador, y que quedan establecidas en el instrumento constitutivo del *trust*.¹⁵⁴

4. Comparación del *trust* con la representación (*agency*). Scott opina que aunque el representante tiene una relación fiduciaria con el representado, igual que el *trustee* con el *cestui que trust*, estas figuras tienen distinta historia, así como consecuencias diferentes.

Si bien en el derecho inglés medieval, la representación casi era igual a lo que después serían el “*use*” o el *trust*, con el tiempo estas instituciones se diferenciaron de una manera más nítida.

Tanto el representante como el *trustee*, actúan en nombre y en beneficio de otro. Sin embargo, el representante actúa conforme a las instrucciones del representado, frente a quien tiene un deber de obediencia, mientras que el *trustee* no recibe instrucciones del beneficiario, y cumple con el encargo de acuerdo a lo establecido en el instrumento constitutivo del *trust*.

154 *Idem* (1939: vol. 1: 60).

Finalmente, el representante puede tener la posesión de los bienes del representado, que en su caso administre, pero no tiene un título de propiedad, como lo tiene el *trustee*, respecto a los bienes objeto del *trust*.¹⁵⁵

Las comparaciones que acabamos de resumir, y que pueden ayudar a desentrañar la naturaleza jurídica del *trust*, a nuestro juicio, nos permiten concluir que, aunque, existan otras instituciones, que al igual que el *trust*, dan origen a relaciones de carácter fiduciario, existe un elemento esencial para diferenciarlas, que es el desdoblamiento de la propiedad, elemento, que a su vez, nos parece que es la característica más importante del *trust*, y que implica, como ya sabemos, la existencia de dos sujetos distintos, con un título de propiedad, sobre la misma cosa, el *trustee* y el beneficiario. De suerte que, si sólo se tiene la posesión del bien, como es el caso de las otras figuras analizadas, no se puede hablar de *trust*, ya que éste implica algo más que un interés posesorio.

Antes de pasar al siguiente punto de este capítulo y todavía dentro del tema de la naturaleza jurídica del *trust*, nos parece pertinente analizar lo que acerca de este tema escribió, hace ya algunos años, el autor francés Pierre Lepaulle.

La opinión de este autor es importante, en primer lugar porque siendo doctor en derecho tanto en Francia, como por la Universidad de Harvard, en los Estados Unidos, es obvio que aprovechó el conocimiento de ambos sistemas jurídicos para estudiar el *trust* y poder explicarlo.

Además, su estudio está hecho desde la perspectiva de un especialista que pertenece a un sistema jurídico distinto del *Common Law*, como es el francés, que como el mexicano, pertenece a la familia jurídica romano-canónica. Quizá por esta razón la obra de Lepaulle ha sido muy importante en América Latina, tanto así que no sería exagerado afirmar que su pensa-

155 Scott (1939: vol. 1: 62).

miento ha influido en casi todas las legislaciones promulgadas en la región, sobre la materia.

Lepaulle comienza por exponer dos teorías para explicar la naturaleza jurídica del *trust*. Este autor considera que, aunque, en su esencia, ambas sean radicalmente distintas, tienen en común el hecho de que, para desentrañar la naturaleza jurídica del *trust*, las dos reducen el problema a la determinación de la naturaleza del derecho del beneficiario (*cestui que trust*).¹⁵⁶ Hay que recordar que la idea de relacionar la naturaleza jurídica del *trust*, con la naturaleza del derecho del beneficiario, la sustenta, por su parte, el jurista inglés Maitland, como ya lo habíamos señalado en párrafos anteriores.

La primera teoría sostiene que el *cestui que trust* tiene un derecho personal o de crédito frente al *trustee*, y que esta circunstancia lo convierte en su acreedor. El crédito y sus modalidades quedan establecidos en el instrumento constitutivo del *trust*.¹⁵⁷

A nuestro juicio, la afirmación anterior es correcta, salvo en el caso de que el beneficiario reúna en su persona las dos calidades, de *cestui que trust* y *trustee*.

La segunda teoría sostiene que el derecho del *cestui que trust* es de carácter real. Esta teoría presupone el desdoblamiento de la propiedad, al que ya nos referimos, en virtud del cual, el beneficiario se convierte en titular de un derecho real, un tipo de propiedad, aunque limitada, ya que no tiene facultades para administrar los bienes objeto del *trust*.¹⁵⁸

Lepaulle no se adhiere a ninguna de las dos teorías. Con relación a la primera, o sea, la que sostiene el carácter personal del derecho del beneficiario, opina que no hay duda en cuanto a que éste tenga un derecho de crédito frente al *trustee*, pero agrega que el *trust* va más lejos, porque es un concepto más

156 Lepaulle (1932: 23).

157 *Idem* (1932: 24).

158 *Idem* (1932: 25).

amplio, ya que existe la posibilidad de un *trust* válido, en el que no se haya designado beneficiario, por lo que la teoría en cuestión no explica todos los casos posibles del negocio.

Por lo que a la segunda teoría toca, nuestro autor piensa que tampoco es suficiente para explicar todos los casos del *trust*. Porque, si el negocio se basara solamente en el desdoblamiento o división de la propiedad, tendrían que existir siempre dos sujetos, para dar lugar a esa división, situación que no incluye al *trust* que se constituye para la realización de un fin determinado, en el que no se puede hablar del derecho del *cestui que trust*, ya que no existe *cestui que trust* alguno.

Después de una extensa argumentación que justifica su postura, Lepaulle expone su propia teoría. Este autor considera al *trust* como un patrimonio de afectación, o sea, un patrimonio afectado a un fin, cuyo fin debe ser realizado por el *trustee*, quien por el hecho de aceptar el encargo queda obligado a realizar la conducta necesaria para cumplirlo.¹⁵⁹

Después, Lepaulle procede a analizar qué funciones cumple el *trust* y a qué instituciones jurídicas del derecho francés corresponde.

Piensa que como patrimonio de afectación, el *trust* puede equivaler a la fundación y a la herencia vacante, y ello, explica, según Lepaulle, el hecho de que los tribunales anglosajones acostumbren designar a un *trustee*, para encargarse de la administración de una sucesión carente de herederos.¹⁶⁰

El autor citado menciona equivalencias del *trust* en otras áreas, encontrando que también puede sustituir a otras instituciones, como son las sociedades, civiles y mercantiles; la hipoteca, el usufructo, las sustituciones testamentarias, la renta vitalicia, las estipulaciones a favor de tercero, así como las instituciones protectoras de incapaces.¹⁶¹

159 *Idem* (1932: 50).

160 *Idem* (1932: 53-67).

161 *Idem* (1932: 77-110).

Aunque la explicación de Lepaulle nos ayuda a entender la naturaleza del *trust*, pensamos que también, lo convierte en un concepto demasiado amplio e impreciso. En otras palabras, si seguimos a este autor, podría decirse que en el derecho anglosajón el *trust* sirve para todo, o sea, que se puede entender como un continente, susceptible de llenarse con cualquier contenido. Si precisamos la noción, quizá podamos afirmar que, los usos más frecuentes del *trust*, se refieren a la transmisión y administración de bienes, y a que a través de esta institución se facilita la realización de todos los objetivos deseados.

V. CLASES DE TRUSTS

Existen varios criterios que nos permiten agrupar a los *trusts* en diferentes clases.

Un primer criterio de clasificación toma en consideración la manera de creación del *trust*, que puede ser creado tanto por una persona o grupo de personas, como por la ley en forma directa.¹⁶²

En el primer caso el *trust* se llama voluntario (*voluntary trust*) y en el segundo se llama, *trust* imputado, presumido o atribuido (*imputed trust*).¹⁶³

El *trust* voluntario se subdivide, a su vez, en *trust* expreso y *trust* implícito. Sin embargo, en torno a esta subdivisión, la posibilidad de diferenciar, en la práctica, los *trusts* expresos, de los implícitos, según opinión de Maitland, es casi imposible. Este autor sostiene que como no es necesario utilizar palabras especiales para la creación de un *trust*, la distinción que nos ocupa no es muy clara y se limitaría tan sólo a una mayor o menor precisión gramatical. Añade, que para complicar las cosas, algunos tratadistas equiparan al *trust* implícito con el *trust* creado por la ley en forma directa.¹⁶⁴

162 Maitland (1936: 53).

163 Moffat, Chestarman y Dewar (1988: 3-4).

164 Maitland (1936: 74).

El *trust* expreso, como de su nombre se puede inferir, nace de un acto expreso de voluntad, que se puede manifestar en un convenio, un testamento o una simple declaración. El *trust* expreso puede a su vez presentar una subclasificación que incluye al *trust* ejecutado y al *trust* no ejecutado, o que está por ejecutarse. El *trust* ejecutado es aquel en el que su creador establece los términos del *trust*, en forma definitiva, en el instrumento de creación. El *trust* será un *trust* por ejecutarse, cuando los derechos concedidos a los beneficiarios están subordinados a un acto adicional, que deberá realizar un tercero.¹⁶⁵

La clase que designamos como *trust* imputado, también presenta subclasificaciones, que explicamos a continuación y que son el *trust* resultante (*resulting trust*) y el *trust* constructivo (*constructive trust*).¹⁶⁶

El *trust* resultante, a su vez se subdivide en “automático” (“*automatic resulting trust*”), o “inferido” (“*presumed resulting trust*”).

El primer caso se refiere a un *trust* expreso que por alguna razón no pudo realizarse y los *trustees* no dispusieron de los bienes objeto del negocio, que entonces revierten automáticamente al *truster*.

Un segundo ejemplo de *trust* resultante se presenta en los casos en que al extinguirse un *trust* expreso, no se agotó el objeto del *trust*, y el *trustee* deberá devolver los bienes a su creador.

Un tercer ejemplo del *trust* resultante aparece cuando una persona paga el precio de algo, pero la propiedad se transfiere a un tercero, y así, nace un *trust* resultante, a favor de quien pagó el precio, a menos que las circunstancias del caso permitan interpretar que su intención fue la de hacer una donación.¹⁶⁷

165 Batiza (1976: 61).

166 Maitland (1936: 53).

167 Scott (1939: vol. 3: 2163-2164).

Con relación al trust constructivo, Maitland expone¹⁶⁸ una regla básica que sirve para englobar todos sus casos. Así, si una persona tiene una relación fiduciaria y obtiene una ganancia personal aprovechando su carácter de *trustee*, se convierte también en *trustee* de la ganancia obtenida, apareciendo de tal forma un *trust* constructivo, o sea, un *trust* “construido” por la ley en forma directa.

El *trust* constructivo es una institución con características muy particulares. Scott opina, que este *trust*, debe considerarse, en realidad, como un remedio, a favor de la persona perjudicada por la violación de un *trust* expreso, que le sirve para pedir una indemnización. Este *trust* se puede utilizar también para reclamar una indemnización de quien obtuvo algo fraudulentamente, por error, o cuando no existió una causa para justificar la adquisición.¹⁶⁹

El criterio de clasificación de los *trusts* que acabamos de exponer y que como ya dijimos toma en cuenta la manera en que fueron creados, parece ser el más importante, ya que lo adoptan casi todos los autores. Sin embargo, existen otros criterios de clasificación y de acuerdo con Batiza, se pueden mencionar tres clases más.¹⁷⁰

En primer lugar, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones a cargo del *trustee*, el *trust* se puede clasificar en *trust* simple (*simple trust*) y *trust* especial (*special trust*). En el primer caso, el *trustee* sólo tiene la obligación de custodiar los bienes objeto del *trust* y no tiene el deber de realizar ninguna otra conducta, por ello se dice que se trata de un *trustee* pasivo (*passive trustee*), o un *trustee* custodio (*custodian trustee*).

Por lo que al *trust* especial respecta, el *trustee* no es sólo un custodio de los bienes, sino que además debe realizar otras obligaciones. Como podrían ser, por ejemplo, vender alguna

168 Maitland (1936: 80).

169 Scott (1939: vol. 3: 2311).

170 Batiza (1976: 63-65).

cosa, y luego, con el producto de la venta, pagar las deudas del creador del *trust*. El *trust* especial se subclasifica en administrativo (*ministerial* o *instrumental trust*) y en *trust* discrecional (*discretionary trust*). En el primer caso, el *trustee* puede ser cualquier persona, que deberá cumplir con los encargos específicamente establecidos en el *trust*, por ejemplo, repartir determinados bienes, entre beneficiarios, específicamente designados. En el *trust* discrecional, el *trustee* tiene una mayor libertad de acción, con relación al cumplimiento de sus obligaciones. Por ejemplo, puede tratarse de un *trust*, en el que el *trustee* deba asignar los fondos necesarios para cumplir con los fines de beneficencia que le parezcan convenientes. En este caso el *trustee* debe ser una persona “capacitada, prudente y juiciosa”.

Atendiendo a los beneficiarios, los *trusts* se pueden clasificar en *trusts* públicos y *trusts* privados. Los primeros benefician a un mayor número de personas y entre ellos se incluyen los *trusts* caritativos o de beneficencia, mientras que los *trusts* privados se crean en beneficio de personas determinadas.

El último criterio de clasificación atiende al objetivo perseguido por el *trust* y en este sentido los *trusts* se pueden clasificar en lícitos e ilícitos, aunque como señala Batiza, ningún acto es válido ni exigible si contraviene al orden jurídico. El mismo autor, más adelante advierte que la distinción tiene importancia si se piensa en un *trust* constituido en fraude de acreedores, aunque por otro lado, este *trust* es objeto de una legislación especial.¹⁷¹

VI. COMPARACIÓN DEL TRUST CON EL FIDEICOMISO

Ya habíamos señalado que el fideicomiso es una figura jurídica parecida al *trust* y que, además cumple con algunos de los objetivos que éste persigue. Se puede afirmar inclusive que su

¹⁷¹ *Idem* (1976: 65).

reglamentación, cuando menos por lo que a México corresponde, se inspiró en la del *trust*, aunque existan diferencias entre ambas figuras.

Antes de iniciar la comparación del *trust* con el fideicomiso, tal como esta última institución se encuentra reglamentada por el derecho positivo mexicano, queremos hacer algunas reflexiones de carácter más general, y para ello seguimos al profesor Christian de Wulf, de la Universidad de Gante, quien hace un estudio comparativo entre el *trust* y sus equivalencias en la familia romano-canónica, especialmente en el derecho francés.

En esta comparación, de Wulf describe las funciones más frecuentes del *trust*, en el derecho inglés, que relaciona con tres áreas: la función del *trust* en la familia,¹⁷² el *trust* y la vida social y,¹⁷³ el *trust* y el comercio.¹⁷⁴

Con relación al estudio de la primera de estas áreas, el autor citado aclara que el término “familia” en el contexto de que se trata, no debe tomarse literalmente, ya que las relaciones que analiza a continuación, no aparecen exclusivamente en el núcleo familiar, aunque sea en la familia en donde ocurren con más frecuencia.

El autor piensa que una de las funciones más interesantes del *trust* en este ámbito, tiene que ver con la creación de lo que él llama intereses temporales sobre la tierra.

Agrega que en relación con dichos intereses, una de las instituciones más importantes es el usufructo, que en Inglaterra, cuando su objeto son bienes inmuebles, debe ir anexo, *ex lege*, a un *trust*, por virtud del cual el usufructuario se convierte en *trustee* de la nuda propiedad.

En cuanto a la segunda área, o sea, la que tiene que ver con el *trust* y la vida social, de Wulf señala que el *trust* caritativo, desde hace cientos de años, ha sido la base de las instituciones

172 Wulf (1965: 121-145).

173 *Idem* (1965: 146-166).

174 *Idem* (1965: 167-184).

de beneficencia en el mundo angloamericano y, que en Francia, para lograr los mismos objetivos, esto es, para afectar bienes a fines caritativos, se recurre a la creación de una fundación.

En la última de las áreas estudiadas, que es la del *trust* y el comercio, nuestro autor nos dice que el *trust* puede ser considerado como precursor de muchas instituciones comerciales modernas, que en los países de la familia romano-canónica como Francia, se han desarrollado, más bien, al seno del derecho de sociedades.

A continuación, y sin olvidar las consideraciones anteriores, intentamos hacer en los siguientes párrafos una comparación del *trust* con el fideicomiso mexicano, analizando la doctrina y también la regulación del fideicomiso en nuestro derecho positivo.

En primer lugar, hay que señalar, que los especialistas mexicanos consideran que el fideicomiso en México no deriva del fideicomiso romano sino del *trust* angloamericano.

Por otro lado, tenemos que recordar que en los sistemas de tradición romano-canónica existen instituciones tales como el mandato, el depósito, el mutuo, el albaceazgo, la sindicatura, la cesión de bienes, la anticresis, el concurso de acreedores, la constitución de la dote, la interdicción del pródigo, la renta vitalicia y la emisión de cédulas hipotecarias, por citar algunas, que sirven para realizar algunos de los negocios que los anglosajones realizan a través del *trust*. Sin embargo, para Óscar Rabasa, las instituciones enumeradas tienen una estructura rígida y como cada una se puede aplicar, solamente, a la clase especial de derechos y obligaciones que reglamenta, no siempre sirven para alcanzar la solución de algunos casos que se presentan en la práctica; de ahí que se haya creado el actual fideicomiso, como sucedió en México, inspirándose el legislador, en la figura del *trust*.¹⁷⁵

175 Rabasa (1982: 442-443).

Agrega Rabasa que el fideicomiso apareció en México en el año de 1926, introducido por la *Ley General de Instituciones de Crédito*,¹⁷⁶ aunque haya antecedentes de su utilización un poco más temprano.¹⁷⁷

La ley mencionada estableció que sólo las instituciones de crédito autorizadas expresamente para ello puedan figurar como fiduciarias, la misma ley definió al fideicomiso, prescribió cómo debía crearse, estableció los derechos y deberes de los sujetos que en él intervienen —fideicomitente, fiduciario y fideicomisario—, y reguló lo relativo a su extinción.

En 1932 aparecieron una nueva *Ley General de Instituciones de Crédito* (LGIC) y la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC).

Entre ambas leyes quedó reglamentada la institución que nos ocupa. Así tenemos que, por un lado, la LGIC, se ocupa solamente de la reglamentación de las instituciones fiduciarias y por el otro lado, la LGTOC se encarga de todos los demás aspectos del fideicomiso.¹⁷⁸

Con relación a la recepción del *trust* en nuestro derecho, a través del fideicomiso, Rabasa opina que el legislador mexicano al delinearlo y adaptarlo a las exigencias de un sistema jurídico diferente, tuvo aciertos, pero también tuvo fallas.

El autor citado piensa que el error más grave consiste en que nuestros legisladores no lograron precisar la naturaleza de la figura anglosajona, ya que no contemplaron la posibilidad

176 Esta ley fue reformada en varias ocasiones. Por otro lado, en 1982, el entonces presidente de la República, licenciado José López Portillo nacionalizó la banca y así se expidió para reglamentarla la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito*, el 31 de diciembre de 1982, que fue substituida por otra ley del mismo nombre de 14 de enero de 1985. Años después la banca se reprivatizó y está regulada hoy en día por la *Ley de Instituciones de Crédito* expedida el 18 de julio de 1990.

177 En relación con la literatura jurídica del fideicomiso mexicano es útil consultar, aunque ya tiene algunos años, a Macedo (1975: VII-XIV, XLII-XLV). Este autor hace también referencias a los antecedentes del fideicomiso en México, tanto doctrinales como legislativos.

178 Rabasa (1982: 448-452).

de que el fideicomitente transmita bienes al fiduciario, aunque la transmisión se realice en beneficio de otra persona, el fideicomisario. La ley mexicana, dice Rabasa, nunca habla de “transmitir” bienes, sino de “destinar” bienes a un fin determinado, y considera que la utilización de un verbo distinto, o sea, destinar en vez de transmitir o enajenar, provoca vaguedad con relación a la naturaleza jurídica del fideicomiso, tal como se concibió en nuestro derecho.¹⁷⁹

Constituye un acierto, continúa Rabasa, el hecho de que en México, sólo se regule el fideicomiso expreso, ya que la modalidad angloamericana, que se conoce como *trust* implícito, o sea, aquel presumido por la ley, en la que se ubica el *trust* constructivo, creado con independencia de la voluntad, y cuyo objetivo es buscar la reparación de determinados actos ilícitos, en México se logra por otras vías. Por otro lado, este *trust* depende para su aplicación y eficaz funcionamiento de sistemas jurisprudenciales singulares, como lo son el de Inglaterra y el de Estados Unidos, “que resulta casi imposible reproducir por medio de leyes positivas”.¹⁸⁰

Sobre las opiniones de Rabasa nos parece pertinente hacer algunas reflexiones.

La primera, para señalar la importancia de tener en cuenta que la recepción de una institución perteneciente a un derecho extranjero, y muy particularmente a un derecho que, además, corresponde a una familia jurídica distinta, debe hacerse sin perder de vista la necesidad de realizar los ajustes necesarios para adaptar la institución de referencia a su nueva familia legal, para que, de esta forma, pueda funcionar con eficacia.

La segunda reflexión tiene que ver con la referencia que Rabasa hace a los sistemas jurisprudenciales de Inglaterra y Estados Unidos. Aquí queremos señalar que precisamente son estos sistemas los que imprimen al *Common Law* algunas de

¹⁷⁹ *Idem* (1982: 454).

¹⁸⁰ *Idem* (1982: 455).

sus características más relevantes. Además, hay que subrayar que estos particulares sistemas jurisprudenciales, son, a su vez, el producto, no sólo de un desenvolvimiento histórico específico y de una organización judicial determinada, sino también de la especial idiosincrasia de sus jueces y sus abogados.

Volviendo a la reglamentación del fideicomiso en México, particularmente a la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC), hay que señalar que este ordenamiento le dedica catorce artículos a la materia, que están comprendidos del artículo 346 al artículo 359.

A continuación, analizaremos los artículos pertinentes, para destacar las diferencias y las semejanzas relevantes entre el fideicomiso y el *trust*.

La LGTOC en su artículo 346, que es el primer artículo relacionado con el tema, más que definir al fideicomiso, nos dice cómo opera: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

De esta disposición es posible desprender una primera diferencia con el *trust*, ya que ella establece expresamente que el fideicomiso debe realizarlo una institución fiduciaria, o sea, que excluye la posibilidad de que lo haga un particular. El artículo 350 abunda sobre el particular, prescribiendo en el primer párrafo que: “Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito”.

En el artículo 347, encontramos una primera semejanza, ya que dispone que, el fideicomiso es válido aunque no se señale fideicomisario, siempre que el fin sea lícito y determinado, disposición que coincide con el *trust*, que también es válido sin fideicomisarios, en los casos en que se constituya para la realización de un fin determinado.

En el párrafo final del artículo 350, se puede establecer otra semejanza con el *trust*, porque autoriza al fideicomitente para

designar a varias instituciones fiduciarias, para realizar el fideicomiso, y hay que recordar, en este sentido, que en el *trust* también encontramos la posibilidad de que exista una pluralidad de *trustees*.

En ambos sistemas jurídicos, los bienes objeto del negocio son los mismos, así, el artículo 351, en su primer párrafo establece: “Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos...”.

Por lo que a la creación del fideicomiso se refiere, también se pueden encontrar analogías. El artículo 352 de la LGTOC, por ejemplo, establece: “El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento”. No encontramos, sin embargo, en el derecho mexicano, como ya se había comentado, la posibilidad de un fideicomiso creado en forma directa por la ley, y llamado en inglés, como ya habíamos visto, *imputed trust*.

Son similares también los derechos del fideicomisario (artículo 355), y las obligaciones del fiduciario (artículo 356).

En cuanto a la extinción del fideicomiso, el artículo 357 de la ley que analizamos, establece que:

Art. 357. El fideicomiso se extingue:

I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II. Por hacerse éste imposible;

III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII. En el caso del párrafo final del artículo 350.

Por su lado, el párrafo final del artículo 350 prevé la extinción del fideicomiso cuando la institución fiduciaria no acepte, renuncie o haya sido removida en el desempeño del encargo y no fuera posible sustituirla por otra.

En cuanto a la terminación del *trust*, el ya tantas veces citado autor americano Scott es muy claro al respecto. Afirmar que por regla general el periodo de duración del *trust* se fija en el instrumento constitutivo y que también por regla general, el *trust* no puede terminar antes del plazo fijado.

Sin embargo, señala que existen excepciones a estos principios. Por ejemplo, si la creación del *trust* hubiera sido fraudulenta, o hubiera habido violencia o intimidación, o el *trust* hubiera nacido viciado de error, el autor del *trust* o sus sucesores pueden pedir su rescisión y esta regla se aplica tanto con relación a un *trust inter vivos*, como al testamentario.

Los *trusts inter vivos*, podrán ser revocados por su autor, siempre y cuando se haya reservado este derecho. Si no hizo reserva alguna en este sentido, y a sea expresa o implícitamente, y la omisión no obedece a un error, el autor no podrá revocar el *trust*, salvo que previamente notifique a todos los beneficiarios, y que siendo todos ellos capaces, estén de acuerdo y aprueben la revocación. De no existir el consentimiento de todos los beneficiarios, el *trust* podrá revocarse cuando su realización se hizo imposible o ilícita.

Otra posibilidad de terminación del *trust*, antes de la llegada del plazo, se presenta cuando su autor sea también, el único beneficiario y decida terminarlo, aunque no se haya reservado el derecho de hacerlo.

Cuando el *trust* termina, los bienes revierten al autor o pasan a los beneficiarios, según sea el caso.¹⁸¹

Antes de dar por terminada la comparación entre el *trust* y el fideicomiso, debemos señalar otra diferencia específica en-

181 Scott (1939: vol. 3: 1794-1795).

tre ambas instituciones, que tiene que ver, con el fideicomiso público, que aunque se parezca al *trust* público, no es igual.

El fideicomiso público mexicano se refiere a un patrimonio público autónomo, destinado a la realización de actividades que beneficien a la colectividad o que apoyen acciones públicas de fomento económico. En este fideicomiso, el fideicomitente será siempre una entidad pública. Además de las leyes aplicables a los fideicomisos comunes y corrientes, que como ya sabemos son la *Ley de Instituciones de Crédito* y la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, con relación a los fideicomisos públicos, hay que considerar también a la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, la *Ley Federal de Instituciones Paraestatales* y a la *Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público*.¹⁸²

Antes de concluir, hay que decir, que en términos generales, el *trust* y el fideicomiso se parecen mucho, si bien el contenido de este último es más limitado, y por eso es que el *trust* puede equivaler tanto al fideicomiso, como a otras instituciones de nuestro derecho.

La diferencia sustancial entre ambas instituciones radica, a nuestro modo de ver, en el hecho de que en el *trust* el fiduciario adquiere la propiedad, o más bien dicho, un tipo de propiedad, sobre los bienes objeto del negocio, mientras que en el fideicomiso, este no es el caso. Lo anterior obedece a la peculiar concepción de la propiedad del sistema angloamericano, que se refleja con nitidez en el *trust*, y que consiste en lo que se conoce como el desdoblamiento o la división de la propiedad. En virtud de esa división aparecen, por un lado, la “propiedad legal” o *legal ownership*, regulada por el *Common Law*, y por el otro, la *equitable ownership* de la *Equity*. Lo anterior explica el mecanismo del *trust*, que ya se mencionó, por

el cual el *trustee* se convierte en “propietario legal”, mientras que el beneficiario será el propietario conforme a *Equity*.

Por todo lo anterior, Rabasa considera que el *trust* anglo-americano es un tipo de propiedad, lo que le permite afirmar que esta institución, “comprende esencialmente el derecho de dominio, en bienes muebles e inmuebles, que una persona tiene en beneficio de otra”.¹⁸³

183 Rabasa (1982: 259).

CONCLUSIONES

De acuerdo con las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones.

Primera. A pesar de que nos parezca extraño, hay que concluir que el derecho romano no influyó o influyó muy poco en la formación del derecho inglés, al contrario de lo que sucedió con el derecho de otros países europeos.

Segunda. Es correcta la concepción inglesa acerca de la “continuidad histórica” de su derecho. Entendiendo que esto quiere decir que en su evolución el derecho inglés no muestra rupturas ni influencias extranjeras.

Tercera. El *Common Law* se inspiró en principio en las costumbres de los antiguos reinos anglosajones, costumbres respetadas aun después de la conquista normanda, por deseo expreso del Conquistador, Guillermo de Normandía, más tarde Guillermo I de Inglaterra.

Cuarta. La *Equity* complementó y corrigió al *Common Law*, hasta la fusión de ambos en el siglo XIX.

Quinta. Tanto el *Common Law* como la *Equity* tuvieron su origen en la actividad judicial, el primero en los tribunales reales y la segunda en el de la Cancillería.

Sexta. El cargo de canciller, cuando menos hasta el reinado de Enrique VIII, generalmente lo desempeñó un eclesiástico; por eso, en lo tocante a sus funciones judiciales, tuvo como inspiración al derecho canónico, y a través de éste, inevitablemente, se introdujeron en el derecho inglés, algunos elementos del derecho romano, aunque de escasa importancia.

Séptima. A pesar de no haberlo recibido en la misma forma que los países de Europa continental, el derecho inglés muestra puntos de contacto con el derecho romano. Por ejemplo la labor judicial del canciller inglés es similar a la del pretor romano, y la convivencia del *Common Law* y la *Equity* se parece, en cuanto a orígenes, objetivos, evolución, logros y la fusión final de las dos ramas, a la convivencia que se dio en Roma entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Sin embargo, la fusión de esas ramas jurídicas, que trajo consigo el fin del dualismo, es diferente. En Roma fue definitiva y por eso Justiniano, en su compilación, el *Corpus Iuris Civilis*, ya no se refiere al derecho honorario como a un sistema vigente. En los países de *Common Law*, sólo se fusionaron los tribunales, y actualmente, por regla general, un mismo tribunal conoce los asuntos derivados de cualquiera de estas dos ramas.

Octava. El derecho inglés, es un derecho jurisprudencial, originado en la práctica judicial, cuyos artífices han sido y en gran medida siguen siéndolo, los jueces y los abogados, quienes, como es natural, le dieron la mayor importancia a los aspectos procesales y no tuvieron la necesidad de recurrir a instituciones romanas, ya que las instituciones propias evolucionaron en forma independiente, con sus propios tecnicismos.

Novena. La familia jurídica del *Common Law* se formó a raíz de la penetración del derecho inglés en el mundo, esto es, de su recepción, primero en las islas británicas y después fuera de ellas.

Décima. La recepción de un derecho extranjero no es uniforme y muestra especificidades que tienen mucho que ver con el grado de desarrollo del país receptor, como se hace evidente al estudiar la recepción del derecho inglés.

Décima primera. La política británica de respeto al derecho de aquellos territorios que al convertirse en colonias inglesas contaban con su propia organización jurídica, puede ser la explicación de la existencia de países en los que conviven siste-

mas legales pertenecientes a diferentes familias jurídicas, como es el caso de Quebec en Canadá y de Luisiana en los Estados Unidos.

Décima segunda. La convivencia de sistemas pertenecientes a familias jurídicas distintas produce la aparición de sistemas mixtos o híbridos, sistemas que se pueden considerar como subsistemas dentro de aquéllas.

Décima tercera. La división del derecho inglés en *Common Law* y *Equity*, no se encuentra en todos los derechos de esa familia jurídica, lo que hace pensar que su origen es de carácter principalmente histórico, relacionado específicamente con las diferentes etapas o fases de evolución de la organización judicial en Inglaterra.

Décima cuarta. Las conclusiones anteriores ponen de manifiesto la utilidad de:

- a) La historia jurídica para la mejor comprensión de los diferentes derechos nacionales.
- b) El derecho comparado, con su particular metodología y su clasificación de las familias jurídicas y,
- c) La utilidad práctica de ambas disciplinas. Su aplicación nos puede ayudar a entender y quizá a encontrar la solución adecuada, o sea, aquella que mejor concilie los intereses de las partes involucradas, en los conflictos regionales, que han sido tan frecuentes en la última mitad del siglo XX.

Décima quinta. Aunque el derecho americano descienda del inglés existen diferencias entre los sistemas jurídicos de ambos países.

Décima sexta. Estas diferencias obedecen a diversas razones, tanto históricas como políticas.

Décima séptima. Entre las primeras hay que señalar que en la formación del derecho de los Estados Unidos hubo otras influencias, como son: las costumbres de los pueblos indígenas, habitantes originarios de Norteamérica, así como del derecho de las otras naciones europeas que en algún momento

colonizaron partes del territorio que ahora ocupa ese país: Holanda, Suecia, Francia y España.

Décima octava. Salvo en el caso del derecho francés por lo que toca al estado de Luisiana, los otros derechos casi no dejaron huella, pudiéndose afirmar, en consecuencia, que en la formación del derecho americano prevaleció la influencia del derecho inglés.

Décima novena. Sobre el mismo orden de ideas, pensamos que la causa que dio origen a las diferencias más importantes entre los derechos de Inglaterra y Estados Unidos, fue la adopción en este último país, después de su Independencia, de una estructura política distinta de la inglesa, al constituirse en una república federal, razón por la cual existen un gobierno central o federal junto a los gobiernos locales, de cada una de las entidades federativas. La anterior circunstancia, fue la causa, también, de la existencia de un sistema jurídico federal y 50 sistemas jurídicos locales, según las palabras del comparatista norteamericano John Henry Merryman.

Vigésima. También hay que señalar algunas diferencias relacionadas con el ejercicio profesional. Para que un abogado americano pueda ejercer, además del examen de la barra, se le exige un grado universitario en derecho, en Inglaterra el grado universitario puede ser en cualquier otra disciplina y por lo que toca a las ramas profesionales, en Inglaterra, como ya se señaló, existen dos: *barristers* y *solicitors*, mientras que en los Estados Unidos no se da esta división.

Vigésima primera. Así como el fideicomiso romano se utilizó para eludir algunas reglas que impedían a determinadas personas recibir por herencia, el “*use*” inglés, institución de la cual descende el *trust*, también se utilizó, entre otras cosas, para eludir algunas obligaciones feudales. Sin embargo, el desarrollo de estas instituciones, la romana y las inglesas, fue diferente.

Vigésima segunda. Lo anterior lo apoyan las investigaciones recientes de los tratadistas anglo-americanos, que establecen que:

- a) El *trust* no descende del fideicomiso romano si no del “*use*”, que se utilizó frecuentemente en Inglaterra a lo largo de toda la Edad Media.
- b) El canciller fue quien dotó de obligatoriedad a ambas figuras, y fue ante el Tribunal de la Cancillería en donde se podía exigir su cumplimiento y por tanto el “*use*”, lo mismo que el *trust* son creaciones de esa rama del derecho inglés que conocemos como *Equity*.

Vigésima tercera. El estudio comparativo de instituciones jurídicas particulares enfatiza la importancia del derecho comparado, y es de especial utilidad cuando se trata de trasplantar una figura típica de un sistema jurídico a otro, que pertenece a una familia distinta. Pensamos que si se tiene un panorama integral de la institución en cuestión: su historia, su desarrollo, su aplicación y sus funciones, así como, sus clases y naturaleza, será más fácil adaptarla a otro derecho y se puede esperar que su funcionamiento sea más eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Richard L., "Comparative Sociology of Legal Professions", *Lawyers in Society. Comparative Theories*, Berkeley, University of California Press, pp. 80-153.
- BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 3a. ed., México, Porrúa, 1976.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6a. ed., St. Paul, Minn., West, 1990.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on The Laws of England*, 21a. ed., Londres, S. Sweet, A. Maxwell & Son, V. & R. Stevens & G. S. Norton, 1844, 4 vols.
- Britannica Book of the Year*, Chicago, Encyclopaedia Britannica Inc., 1993.
- BRYCE, James, *The American Commonwealth*, Edimburgo, Macmillan and Co., 1888, 3 vols.
- CARPIZO, Jorge, *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- DAVID, René y Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10a. ed., París, Dalloz, 1992.
- DECRUZ, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Gran Bretaña, Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987-1988, 4 vols.
- EDDEY, K.J., *The English Legal System*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1977.

- ELIADIS, F. Pearl, "The Legal System in Quebec", en GALL, Gerald, *The Canadian Legal System*, 4a. ed., Canadá, Carswell, 1995, pp. 209-229.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, Nueva York, Simon and Schuster, 1973.
- , *American Law. An Introduction*, Nueva York, W. Norton & Company, 1984.
- GALL, Gerald L., *The Canadian Legal System*, 3a. ed., Canadá, Carswell, 1990.
- , *The Canadian Legal System*, 4a. ed., Canadá, Carswell, 1995.
- HAMILTON, Alexander, John JAY y James MADISON, *The Federalist*, Nueva York, Tudor Publishing Co., 1937.
- , *El Federalista*, 2a. ed. pról. y versión directa Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1957.
- HAY, Peter, *Una introducción al derecho de los Estados Unidos*, 2a. ed., Estados Unidos, Butterworths, 1992.
- HERNÁNDEZ ESPÍNDOLA, Olga, "Fideicomiso público", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 1445-1447.
- HOLDSWORTH, William, *A History of English Law*, reimpr., Londres, Methuen & Co., Sweet and Maxwell, 1972, 16 vols.
- La Jornada*, publicación diaria, México, Demos, Desarrollo de Medios, S. A. de C.V., 1998.
- KIRALFY, A.K.R., *The English Legal System*, 8a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1990.
- Lawyers in Society. Comparative Theories*, Berkeley, University of California Press, 1989.
- LEPAULLE, Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, París, Rousseau & Cie., Éditeurs, 1932.

- , *Tratado teórico y práctico de los trusts en derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional*, tr. Pablo Macedo, México, Porrúa, 1975.
- MACEDO, Pablo, “El fideicomiso mexicano”, estudio preliminar, Lepaulle, Pierre, *Tratado teórico y práctico de los trusts en derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional*, tr. Pablo Macedo, México, Editorial Porrúa, 1975.
- MAITLAND, F.W., *Equity. A Course of Lectures*, 2a. ed., Londres, Cambridge University Press, 1936.
- MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 3a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.
- MAYER, Martin, *The Lawyers*, Nueva York, Harper & Row, Publishers, 1967.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, tr. Carlos Sierra, México, FCE, 1971.
- MOFFAT, Graham, Michael CHESTERMAN y John DEWAR, *Trusts Law. Text and Materials*, Gran Bretaña, Weidenfeld and Nicolson, 1988.
- OSAKWE, Christopher, “The Cinderella of American Law”, *Tulane Law Review*, vol. 60, núm. 6, junio, 1986, pp. 1105-1117.
- OUELLET, André, “El actual proceso de la reforma constitucional”, *Canadá en transición*, Teresa Gutiérrez y Mónica Vereá C. (coordinadoras), México, UNAM/Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 1994, pp. 113-121.
- PIRENNE, Henri, *Historia de Europa. Desde las invasiones al siglo XVI*, trad. de Juan José Domenchina, 5a. reimpr., México, FCE, 1985.
- PLUCKNETT, Theodore F.T., *A Concise History of the Common Law*, 5a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1956.
- POLLOCK, Frederick y Frederic William MAITLAND, *The History of English Law. Before the Time of Edward I*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1952, 2 vols.

- POUND, Roscoe, "The Development of American Law and its Deviation from English Law", *The Law Quarterly Review*, vol. 67, 1951, pp. 49-66.
- RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982.
- REEVES, Paul, "The Quebec Legal System", en GALL, Gerald L., *The Canadian Legal System*, 3a. ed., Canadá, Carswell, 1990, pp. 165-183.
- ROBB, Louis A., *Diccionario de términos legales. Español-inglés e inglés-español*, Nueva York, John Wiley & Sons, Inc., 1955.
- SCOTT, Austin Wakeman, *The Law of Trusts*, Boston, Little, Brown and Company, 1939, 4 vols.
- STATSKY, William P., *Introduction to Paralegalism. Perspectives, Problems and Skills*, 3a. ed., St. Paul, Minn., West, 1986.
- STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1858, 2 vols.
- Time. The Weekly Newsmagazine*, Nueva York, Time Inc., vol. 148, núm. 15, octubre 7 de 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, tr. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 1980, 2 vols.
- TREVELYAN, George Macaulay, *History of England*, 3a. ed., Inglaterra, Longmans, Green and Co. LTD., 1948.
- TUNC, André, *El derecho en Estados Unidos*, tr. Luís Flaquer, Barcelona, Oikos-Tau, S.A., 1971.
- y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, trad. Javier Elola, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1957.
- WADDAMS, S. M., *Introduction to the Study of Law*, Canadá, Carswell, 1987.

- WALKER, David M., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- WARNER, George Townsend y C. H. K. MARTEN, *The Groundwork of British History*, 2a. ed., Gran Bretaña, Blackie and Son Limited, 1937.
- World Almanac and Book of Facts*, Nueva Jersey, World Almanac Book, 1997.
- WULF, Christian de, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruselas, Établissements Émile Bruylant, 1965.
- ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Gran Bretaña, North-Holland Publishing Company, 1977, 2 vols.
- , *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Gran Bretaña, Oxford University Press, 1992.