

CORRESPONDENCIA DE LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES DE CANADÁ Y ESTADOS UNIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL, Y ESPECIFICACIÓN DE GARANTÍAS PENALES DE MÉXICO Y ESPAÑA

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* II. *La Constitución española.* III. *Sistema jurídico de Canadá.* IV. *Sistema jurídico de los Estados Unidos.* V. Anexo.

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Conviene dejar establecido que la norma fundamental de los Estados Unidos Mexicanos constituye algo más amplio que un simple complejo normativo. Aunque, por supuesto, se integra por un conjunto de normas sistematizadas con el propósito de organizar y establecer el funcionamiento del Estado mexicano.

Bien considerado, nos encontramos en presencia de una *técnica de la libertad* y, también, de una *técnica del poder*, que resulta indispensable para el funcionamiento democrático, y al propio tiempo de unos instrumentos de control y delimitación del ejercicio del mismo.

La Constitución ha sido dividida en diversas partes: *la de los derechos humanos*, que es denominada por algunos autores como *dogmática* (artículos 1o. a 29). A lo largo y a lo ancho de la Constitución aparecen otros derechos en favor de los individuos (artículos 129 y 130). *La parte orgánica*, relativa a la estructura, al funcionamiento y a las facultades de los poderes centrales y locales (artículos 49-122).

Una *tercera parte* es la *programática*, que define la naturaleza y las características del Estado mexicano (artículos 39-41). También se habla de una *cuarta parte* denominada *derechos sociales* (artículos 27-123),

preceptos en los que el Estado mexicano ocupa un lugar destacado y preeminente. Además, la *quinta parte* ha sido llamada (sin perjuicio de una nomenclatura más adecuada) *prevenciones generales*, que comprende un cúmulo extenso y amplio de materias de distinta índole.

Existe una *sexta parte*, apartado en el que deben situarse los artículos transitorios que acompañan a las reformas que se realizan a la carta magna. Todo lo anterior derivado directamente de la Revolución mexicana. Si bien cabe aclarar que este movimiento no tuvo por objeto hacer una nueva Constitución.

Se inició la revuelta revolucionaria por Francisco I. Madero, enfrentándose contra la dictadura del general Porfirio Díaz, y en momentos posteriores por Venustiano Carranza, todo ello con la finalidad de una recuperación del orden constitucional, severamente atacado por Victoriano Huerta, culminando el desarrollo de los acontecimientos, por último, con la expedición de una nueva ley fundamental.

Los decretos del 14 y del 19 de septiembre de 1916 terminan dando lugar a la convocatoria de elecciones para un *Congreso Constituyente*. Las sesiones comenzaron el 10. de noviembre de 1916. En dicho acto, Venustiano Carranza expuso y dio lectura a su famoso mensaje y entregó el *Proyecto de Constitución Reformada*.

En términos generales, el Proyecto de Constitución reprodujo un buen número de preceptos de la carta anterior, pero también con cambios más o menos sustanciales en varios de ellos, aunque sin llegar a satisfacer todas las expectativas creadas por el movimiento revolucionario. En esta situación, las sesiones del Constituyente de Querétaro fueron inevitablemente polémicas y dieron lugar a que los legisladores se formaran en tres grupos: la *corriente radical*, el *grupo renovador* y los *legisladores moderados*.

Finalizó el periodo único de sesiones el 31 de enero de 1917, y la Constitución fue promulgada el 5 de febrero del mismo año, fecha en que se entregó a los mexicanos la *primera carta social*, cuyo contenido revolucionó también al derecho constitucional de la época, en cuanto dejó de ser un documento meramente político para transformarse en uno de carácter eminentemente social.

Las principales decisiones que se adoptaron en el Constituyente de Querétaro fueron las siguientes:

1) *Soberanía popular*, establecida en el artículo 39 de la norma fundamental, y que determina que el pueblo es el titular de dicha potestad. Di-

ce literalmente: “La soberanía popular reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

2) *La organización del Estado y la forma de gobierno*, que debe ser republicana, representativa, democrática y federal, según lo indica el artículo 40, que dice literalmente: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

El artículo 41 expresa literalmente: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”.¹

3) *División de los poderes públicos*, que se determina tanto en el nivel de la federación como de los estados, según lo preceptuado en los artículos 49 y 16.

El artículo 49 dice literalmente:

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de las facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.²

¹ Andrade Sánchez, Eduardo, Comentario a los artículos 39 y 40, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, t. II, pp. 90-100. Cárdenas Gracia, Jaime, Comentario al artículo 41, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., pp. 112-128.

² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 89 y ss.

4) *Derechos humanos*, a los que la Constitución denominó garantías individuales y les dedicó el primer capítulo de la misma.

5) *Derechos sociales*, con la finalidad de proteger el interés colectivo o el de determinados grupos relevantes para la sociedad, así en los artículos 3o., 27 y 123. El artículo 3o. se refiere a la educación, en todas sus modalidades. El artículo 27 se refiere al dominio de tierras y aguas. El artículo 123 se refiere al derecho al trabajo y a la previsión social.

6) *Separación del Estado y de la Iglesia*, normada en el artículo 130 constitucional y cuya ley secundaria fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de julio de 1992 bajo la denominación de *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*.

7) *Control constitucional*, en el que el artículo 97 dice que el nombramiento de los jueces de distrito y de los magistrados de circuito se hará por el Consejo de la Judicatura Federal, y que únicamente podrán ser retirados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley. Por su parte, el artículo 103 nos habla de la competencia de los tribunales de la federación para resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, así como en el caso de que los estados o el Distrito Federal invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

El juicio de amparo mexicano constituye una institución más que centenaria; los tratadistas no se han puesto de acuerdo con su naturaleza jurídica. Los motivos de esta falta de precisión son de diversa índole, pero a nuestro modo de ver, el fundamental radica en que el análisis sustancial del amparo se ha extralimitado de tal forma que se ha descuidado el aspecto instrumental, a pesar de que se trata de una institución de naturaleza procesal.

Por otra parte, no puede desconocerse la trascendencia del examen del amparo, desde el ángulo o prisma constitucional, si se toma en cuenta que las bases están consagradas por el texto mismo de la ley suprema en sus artículos 103 y 107.

El artículo 105 confiere atribuciones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el conocimiento de tres tipos de asuntos: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y procesos ordinarios en que la federación sea parte.

Respecto del juicio de amparo, es importante señalar sus orígenes. El 16 de agosto de 1846 regresó Santa Anna de su destierro en Cuba, y declarándose liberal, demócrata, federalista y enemigo de la monarquía, exigió volver a la Constitución de 1824, para lo cual convocó a un Congreso Constituyente.

Constituido el Congreso, abrió sus sesiones el 6 de diciembre de 1846, erigido en Constituyente y Ordinario. El Congreso designó a Espinoza de los Monteros, Rejón, Otero, Cardoso y Zubieta para integrar la Comisión de Constitución.³

Junto con el dictamen de la Comisión, Mariano Otero presentó, como disidente, un célebre voto particular según el cual proponía que se observara lo que llamó el Acta de Reformas; este voto particular fue de gran trascendencia, pues a través del mismo su autor se convirtió en una de las principales figuras que dieron origen al juicio de amparo como hoy lo conocemos.

En su voto particular, Otero estructuró un sistema mixto de control constitucional cuya finalidad era evitar la invasión constitucional de facultades entre los estados y la federación. Asimismo, son exclusivamente de Otero las ideas fundamentales siguientes: hacer de la querella contra una infracción un juicio especial y no un recurso; dar competencia en el juicio únicamente a los tribunales federales, y, por último, prohibir toda declaración general sobre la ley o acto violatorios.

El voto particular del gran publicista y jurisconsulto jalisciense, entre otras cosas, establecía:

- La conservación del sistema federal, fuera de las condiciones que la experiencia había demostrado desfavorables.
- La nueva Constitución debería establecer las garantías individuales para todos los habitantes del territorio de la República, sin distinción entre nacionales y extranjeros. Proponía que la Constitu-

³ Carrancá Bourget, Víctor A., *Teoría del amparo y su aplicación en materia penal*, México, Porrúa, 1999, pp. 35-37 y ss. “Aquel Congreso, que dio un paso de trascendencia en nuestras instituciones, trabajó en circunstancias tan difíciles, que es digno de admiración y de alabanza. El alma de la reforma, el que no desconfió de la supervivencia de la nación en sus derrotas y quería a todo trance aprovechar el momento propicio para constitirla bajo el predominio de los principios federalistas, que eran los de las libertades públicas, fue el joven jefe del Partido Moderado, orador elocuente, luchador incansable y, a juzgar por sus obras, uno de los espíritus más cultos de sus días: D. Mariano Otero”.

ción fijará los derechos individuales y su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, general y de carácter muy elevado, el detallarlos. También proponía que se debería fijar el único caso en que pudieran suspenderse las garantías.

- Como una gran novedad, proponía Otero la facultad del Congreso de la Unión para declarar nulas las leyes de los estados que implicaran una violación al pacto federal o que fueran contrarias a las leyes generales.
- La mayor aportación de Otero fue el amparo. En efecto, los tribunales de la federación ampararían a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos concedidos por la Constitución y las leyes constitucionales “contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la federación, ya de los estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”.

Mariano Otero fue considerado como el segundo padre del amparo en nuestro país, y su citada Acta de Reformas se implantó como una disposición calificada que todavía subsiste, denominada “fórmula Otero”, de acuerdo con la cual, la sentencia que otorga la protección no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se combate la inconstitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la desaplicación del ordenamiento impugnado exclusivamente en beneficio de la parte reclamante.

En primer término, el amparo surgió en la Constitución de Yucatán el 31 de marzo de 1841, mediante un proyecto elaborado desde diciembre de 1840 por el ilustre jurista mexicano Manuel Crescencio Rejón, quien fue considerado como el creador de la máxima institución procesal, y el primero que determinó en Latinoamérica la consagración legal de la revisión judicial sobre la constitucionalidad de las leyes.

El motivo por el que el amparo mexicano surgió en una entidad federativa se debió a la lucha interminable librada en esa época entre los partidarios del restablecimiento del sistema federal, que eran los miembros del partido liberal, y los que sostenían el régimen unitario consagrado en

las Siete Leyes Constitucionales de 1836, que eran los miembros del partido conservador.⁴

En opinión de Noriega, corresponde a la Constitución de 1857 el mérito de ser la primera ley fundamental en la que se consigna en un capítulo expreso un catálogo de los derechos del hombre. En las anteriores Constituciones, preocupaba a sus legisladores encontrar la forma más adecuada de estructuración del Estado mexicano, debatiendo entre federalismo y centralismo.⁵

Aquella dedicación a la resolución de la parte orgánica de las Constituciones provocó el olvido evidente de su parte dogmática, pues si bien encontramos en anteriores Constituciones referencia a algunos de los derechos del hombre, no existió sino hasta la Constitución de 1857 una enumeración sistemática, de contenido bien definido, y sobre todo de ascendencia directa con la Declaración francesa de 1789.

Posteriormente, la Constitución de 1917, además de consagrar el juicio de amparo como un auténtico medio de defensa del gobernado frente a los actos del poder público, acorde con nuestra realidad mexicana, señaló nuevos fines al Estado: desarrollo independiente, justicia social, sociedad igualitaria, equilibrio económico y libertad, entre otros.⁶

La Constitución de 1917 impulsa el cambio social en los términos que expone Burgoa, en los ámbitos político, socioeconómico y cultural. En el terreno político preconiza, como declaración fundamental, la democracia. En el ámbito socioeconómico instituye garantías sociales en favor de las clases obrera y campesina, además de considerar a la propiedad privada como función social. La Constitución de 1917 es esencialmente hu-

⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 11 y ss. “La citada Acta de Reformas se inspiró de forma indiscutible en el proyecto redactado por otro distinguido jurista y político mexicano, Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, ya que, en el artículo 25 del propio documento constitucional, se implantó la disposición calificada como «fórmula Otero»...”.

⁵ Noriega Cantú, Alfonso, “La doctrina de los derechos del hombre y la Constitución de 1857”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. VII, núm. 27, julio-septiembre de 1957.

⁶ Gamas Torruco, José, “La reforma económica de la Constitución”, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 4 y ss.

manista, al exaltar la personalidad del hombre, la libertad, su dignidad, y establecer las garantías constitucionales en favor del gobernado.⁷

Por tanto, Burgoa señala que las garantías individuales se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado, como persona física o moral, y el Estado, como entidad jurídica y política con personalidad propia, y sus autoridades. Esa relación jurídica es de *supraordinación* o *subordinación*. Detallando lo anterior, aparece entre dos entidades colocadas en distinto plano o situación; en este caso, entre el Estado y sus autoridades, por un lado, y los gobernados, por el otro. En este sentido, para el ilustre maestro mexicano, la relación jurídica de supraordinación o subordinación se encuentra integrada, entre otros aspectos, por los siguientes elementos:

- a) *Sujetos*. La relación jurídica de supraordinación o subordinación se establece entre dos sujetos: el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.
- b) *Objeto*. La relación jurídica entre gobernado y Estado genera derechos y obligaciones que tienen como esfera de gravitación las prerrogativas esenciales del ser humano.
- c) *Fuente*. Los derechos públicos subjetivos, cuyo titular es el gobernado, se instituyen en el ordenamiento fundamental, esto es, en la Constitución.

Opinión interesante es la del doctor Sergio García Ramírez, quien estima que la orientación del sistema completo de incriminación es un sistema de tutela con medios extremos conforme a los bienes jurídicos deducidos de la Constitución. Por ello debe fincarse sobre una *extrema*

⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 39a. ed., México, Porrúa, 2002, *passim*. Basta decir que, en el ámbito de las garantías constitucionales, otorga una efectiva protección al gobernado, armonizando sus derechos públicos subjetivos frente al Estado con los intereses de la sociedad. Por garantías individuales o del gobernado se entiende “los derechos que éste tiene frente al poder público: frente al Estado y sus autoridades. Los derechos públicos subjetivos deben distinguirse de las garantías constitucionales, cuando estas últimas se refieren a los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales, es decir, cuando se trata de normas estrictamente procesales, de carácter represivo y reparador, como es el caso de los artículos 103 y 107 constitucionales que regulan el juicio de amparo; artículo 105 constitucional, que se refiere a los conflictos entre los estados y la federación o los estados entre sí; y el artículo 111 constitucional, que establece el proceso de responsabilidad de los funcionarios públicos”.

cautela. Bajo sus valores implícitos —o expresos— se puede organizar e interpretar el sistema penal.

Una primera serie de normas consagra el principio histórico-jurídico del régimen penal moderno: legalidad penal, procesal y ejecutiva, *regla de oro* que es preciso articular con legitimidad bajo un concepto sustantivo que no enuncia la Constitución. Legalidad entendida en una múltiple expresión: prevención del delito, formulación de tipos, previsión de penas, establecimiento de órganos, conducción del proceso, desarrollo de la ejecución.

En segundo término aparecen las disposiciones acerca de la sanción jurídica, reacción política, social y ética que explica el denominado *proyecto penal* del Estado. Esta manifestación se vincula con los fines expresos de la respuesta penal: la admisibilidad de ésta debiera asociarse con la proclamación constitucional sobre los objetivos de la pena.

En tercer lugar aparece lo que suele llamarse *el cuerpo de la justicia*, construido para dar respuesta a los intereses en conflicto: normas orgánicas y funcionales que surgen y se desarrollan para recibir a cualquiera en la escena penal y perfilar, en cada etapa de este proceso, las funciones que le competen y la forma de ejercerlas.⁸

Un cuarto sector normativo pudiera identificarse como “debido proceso”, que la Constitución mexicana designa como “garantías esenciales del procedimiento”. Son los derechos, expresados en actos jurídicos, que sirven al “juicio justo”.

Una quinta serie de normas constitucionales, relativas al sistema preventorio penal, destaca la relevancia de las medidas cautelares en el ámbito penal. Éstas se vinculan preferentemente con la “persona” del justi-

⁸ García Ramírez, Sergio, “La «cuestión penal» en la Constitución”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, segunda época, núm. 7, julio-septiembre de 2003, pp. 77, 79, 81 y ss. “Ponderadas en su conjunto, las reformas sobre justicia penal han tenido un objetivo más o menos deliberado, que también guió la mano del legislador secundario. Ese propósito se resume en el establecimiento del equilibrio entre los intereses en pugna: del inculpado, de la sociedad, del ofendido. Esta finalidad, no siempre expresada con claridad ni explorada con profundidad, es el telón de fondo de las reformas y suele corresponder a demandas de la opinión pública o, más limitadamente, a ofrecimientos políticos. Los cambios se vinculan en forma inmediata con la adquisición de derechos del inculpado (primera gran pretensión reformadora), la lucha contra la criminalidad exacerbada (segunda pretensión) y la dotación de derechos y garantías a la víctima (ofendido) del delito (tercera pretensión, de los últimos años)”.

ciable, más que con su “patrimonio”. Aquí reaparece el equilibrio entre los intereses que pugnan.

Bajo esta tesisura, en la regulación constitucional figura un tema radical: el encuentro más intenso entre el poder político y el individuo. En la frontera donde aquel ocurre se acreditan la condición democrática del Estado y la calidad de la justicia. Cuando adquieren relevancia el delito y su contrapartida penal, se produce la más grave confrontación entre el poder del Estado y la debilidad del individuo.

En el “suceso penal” quedan en peligro los derechos del individuo, piedra angular del Estado de derecho. Es decir, todo el sistema de los delitos y las penas se erige para salvaguardar la vida, la libertad y otros bienes principales. Ese mismo sistema dispone, en otra de sus facetas, cómo privar de la vida, de la libertad y de los otros bienes al ser humano que ha delinquido.

Asimismo, el distinguido doctor Sergio García Ramírez considera en otra de sus obras que todos los ciudadanos deben encontrarse legitimados para intervenir en la defensa del Estado de derecho, a través de la defensa de la Constitución. Se trata, en esencia, de su propia defensa contra actuaciones —normativas— que vulneran el imperio de una juridicidad, que es el entorno de la democracia y crisol de los derechos.

La tutela de los derechos colectivos es la puerta de entrada hacia un mayor y, en este sentido, más auténtico acceso a la justicia. Esto último se hará posible con la introducción del concepto “interés legítimo” en la Constitución. Tal es el caso del juicio de amparo ejercido contra las normas inconstitucionales, cuyo efecto tiene alcances *erga omnes*.⁹

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el desarrollo de la *questión penal* en la Constitución no está cerrado. Ha tenido una evolución paulatina de acuerdo con las circunstancias sociales de México. En el pulso de

⁹ García Ramírez, Sergio, *Temas de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 433, 444 y ss. “Se sabe bien que una generación no puede atar para siempre a las generaciones que le sigan, sellando su suerte. Creo que la cláusula de Otero ha servido con eficacia al fin para el que debió servir. Evitó conflictos que hubieran comprometido, tal vez, la subsistencia misma del amparo, y hasta la estabilidad —siempre acosada y relativa— de la República. Era otro tiempo en el desarrollo de las instituciones y se requería que la cautela constitucional hiciera lo que aún no podía hacer la opinión pública. La nueva sociedad podría seguir el camino con una fórmula invalidatoria *erga omnes*. En este sentido —y a propósito de los objetivos perseguidos con la acción de inconstitucionalidad—, debía legitimarse a los individuos para ejercer ésta y desencadenar el proceso anulatorio”.

esta cuestión se advierten las grandes preocupaciones de la humanidad y, desde luego, de las sociedades particulares.

Estas sociedades influyen determinantemente en las formas en que se estructura la función penal, así como en el ejercicio de la autoridad del Estado. Constantemente se elevan a rango constitucional algunos nuevos derechos, o bien la condición para el ejercicio de los mismos, dependiendo del progreso político, jurídico y, en ocasiones, moral.

García Ramírez concluye que uno de los problemas más relevantes en la actualidad consiste en la necesidad de compaginar el fenómeno de la globalización (respecto de los derechos humanos) y las normas constitucionales internas. Asimismo, se requiere establecer con mayor precisión y claridad el llamado “derecho de gentes” frente a la inminente “unidad mundial”.

Por otra parte, el reconocido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio considera que las Constituciones modernas han configurado las garantías constitucionales, con mayor o menor precisión, como los instrumentos tutelares tanto de los derechos fundamentales como de las atribuciones de los órganos estatales contra su afectación por parte de las autoridades públicas, aunque no se han incluido expresamente en los instrumentos protectores a los organismos inspirados en el modelo del *ombudsman* (salvo la Constitución española de 1978).¹⁰

A modo de conclusión, cabe reiterar que la Constitución mexicana de 1917 no fue una ley pactada en el sentido en que lo fue la Constitución española de 1978. Se trató de una norma producida por representantes de una de las corrientes más poderosas de la Revolución. El ordenamiento surgió tras un violento enfrentamiento de los grupos sociales mayoritarios que lograron desalojar a la dictadura.

La Constitución de 1917, al momento de su expedición, estableció derechos de carácter individual y de carácter social. Los primeros, denominados “de las garantías individuales”, se han clasificado de acuerdo con una propuesta de Jorge Carpizo, y han sido desarrollados por Lara Ponte. Dicho estudio distingue tres clases de derechos: de igualdad (artículos

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 2, pp. 195 y 196. “Desde el punto de vista doctrinal se advierte la tendencia a comprender dentro de esta concepción de las garantías constitucionales a dicha institución, ya que realiza funciones de apoyo y auxilio a los organismos jurisdiccionales a los que se encomiendan esencialmente el conocimiento y decisión sobre las citadas garantías”.

10., 20., 12 y 13), de libertad (artículos 50., 60., 70., 90., 10, 11, 15, 16, 22 y 24) y de seguridad jurídica (artículos 80., 14, 16-20, 22 y 23).

A partir de las garantías individuales se han perfilado nuevos derechos, ampliando y perfeccionando los existentes. Estos derechos sociales regulan las materias laboral (artículo 123), agraria (artículo 27) y familiar (artículo 40).¹¹

Con frecuencia se tiene la ilusión de creer que al reformar una ley se modifica automáticamente la realidad. Sin embargo, el cambio de leyes e incluso de la Constitución resulta verdaderamente innecesario, perturbador y hasta regresivo. Específicamente, la materia penal resiente los cambios excesivos que se han multiplicado en los últimos años.

Para García Ramírez, la excesiva movilidad del sistema jurídico, en el ámbito penal, ni propicia ni beneficia la seguridad jurídica. Apenas realizada una reforma, hace su aparición otra para corregir los errores (reales o supuestos de la anterior). Las constantes modificaciones, en algunos casos improcedentes, provocan el nerviosismo en la actividad de los órganos de procuración y administración de justicia, desconciertan a la sociedad y producen zonas oscuras y riesgosas para los justiciables.

Para García Ramírez existe un triple grupo de factores que determinan estos movimientos reformatorios, que constituyen otras tantas causas de esa proliferación de modificaciones.¹²

¹¹ *Ibidem*, pp. 415-417 y ss.

¹² García Ramírez, Sergio, *Temas de derecho*, cit., nota 9, pp. 234-236 y ss. El ilustre profesor mexicano dice que existen tres factores subyacentes a estas modificaciones: “*El primero* y más deseable es la evolución natural de las instituciones jurídicas, consecuente con la evolución de las relaciones sociales que aquéllos gobiernan: sea que la vida repercuta en las normas, sea que éstas estimulen el desarrollo de la existencia. *El segundo* factor es la solución de la crisis. Acostumbro referirme a la crisis total, que desencadena un nuevo derecho —una revolución culmina en una Constitución, producto de un Constituyente revolucionario—, y a la crisis parcial, que reclama normas de emergencia, como sucedió en 1991 cuando se creó el sistema de protección de derechos humanos —un *ombudsman* mexicano— para salir al paso de los desmanes consumados por el Ministerio Público Federal y la policía judicial a las órdenes de éste, que debieron ser, pero no fueron, protectores escrupulosos de los derechos individuales y garantes del Estado de derecho. Finalmente, *un tercer* factor de la reforma es el prurito reformador, la avidez legislativa, la novedad por la novedad misma, como constancia de unos nombres y de una época. En este caso, las reformas fluyen sin término, pero no siempre con acierto. Pueden verse influidas por la imaginación de los autores, o por la importación —a menudo extralógica— de disposiciones, instituciones y sistemas foráneos, útiles en su propia circunstancia, ahí donde fueron resultado de la evolución jurídica, pero no siempre idóneos para

Garantías constitucionales penales en la Constitución de la República mexicana

Este apartado tiene por objeto proponer una evaluación del actual estado del Poder Judicial en México. Sin embargo, el carácter fragmentario, e incluso anecdótico, de los elementos de evaluación existentes no permite más que un repaso superficial. Tal evaluación resulta esencial —no obstante— antes de poder plantear la cuestión de la dirección que pueda o deba tomar la reforma judicial en dicho país en el futuro próximo.

Durante las dos décadas anteriores, los países de América Latina se han visto forzados a reorientar sus políticas económicas hacia mercados cada vez más abiertos e integrados, y muchos de ellos han returnedo a la democracia después de un periodo de gobierno militar o, como en el caso de México, después de décadas de gobierno autoritario.

La reforma judicial y el Estado de derecho se consideran como elementos indispensables para consolidar la liberalización económica y la democratización política. Consecuentemente, muchos países latinoamericanos han iniciado un proceso de transformación de sus sistemas judiciales, frecuentemente con la promoción y el apoyo de organismos financieros e internacionales.¹³

Al tiempo que van echando raíces las reformas económicas y políticas, una sociedad más compleja y plural se siente dispuesta a plantear mayores demandas y expectativas hacia el sistema jurídico. Resulta explicable que en tal clima social, los tribunales estén destinados a convertirse en actores centrales de la vida pública en la medida en que sean convocados a resolver una amplia gama de cuestiones sociales.

la nuestra". No hay que olvidar, añade, con toda modestia, que una *revolución* constituye el cambio violento de las estructuras de una sociedad.

¹³ Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 251-324. "En México, el Poder Judicial, más que tercer poder, era considerado un poder de tercera, es decir, que no actuaba en relación de paridad con el Ejecutivo y el Legislativo, sino que ocupaba un tercer sitio en términos de autoridad institucional, prestigio social y recursos económicos. Sin embargo, el descuido oficial de la administración de justicia empezó a cambiar paulatinamente en los años ochenta. En 1987, por ejemplo, se produjo una reforma constitucional que no solamente confirió mayores facultades a la Suprema Corte y al Poder Judicial, sino que también incorporó en la Constitución garantías mínimas para los poderes judiciales de las entidades federativas".

La reforma judicial adquiere mayor prominencia e impulso en la agenda pública tan pronto empiezan a hacerse visibles las deficiencias de la administración de justicia. Esto es lo que parece estar sucediendo ahora en México. Sin duda, los tribunales enfrentan nuevos desafíos cada día. Sus resoluciones se vuelven cada vez más controvertidas.

Así, con motivo de la reforma del Poder Judicial se han gestado diversos planteamientos, donde los reclamos más persistentes se concretaron en: *a) una carrera judicial, aspecto ya incorporado en el artículo 100 constitucional, que mejore el sistema de preparación y selección de jueces; b) un sistema de nombramiento y promoción más independiente de los funcionarios judiciales, que se ha pretendido alcanzar con la instauración del Consejo de la Judicatura; c) implantar la declaración general de inconstitucionalidad; d) garantizar constitucionalmente la autonomía económica de los tribunales, y e) facultad de iniciativa legislativa y constitucional para la Suprema Corte de Justicia en asuntos de su competencia.*¹⁴

Las reformas de 1996 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre la materia penal produjeron cambios importantes —en su mayoría— en los artículos 16, 20, 21, 22 y 73. Estas modificaciones alentaron reformas en diversos ordenamientos secundarios: códigos Penal y Federal de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (promulgada el mismo año).

Refiriéndose a estas reformas, el ilustre constitucionalista Miguel Carbonell considera que existen tres alternativas viables: la *primera* sostiene la posibilidad de continuar con el texto constitucional actual, adecuándolo con pequeños matices en virtud, sobre todo, de que la Constitución ya ha sido sometida a grandes procesos de reforma. Una *segunda postura* propone un cambio total del texto, es decir, se tiene que convocar a un Congreso Constituyente y crear un texto constitucional completamente nuevo. La *tercera opción* mantiene la necesidad de diversos cambios profundos, pero que pueden ser abordados mediante el mecanismo de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la carta magna.

¹⁴ Valencia Carmona, Salvador, “Nuevo sistema político y constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 8, enero-junio de 2003, pp. 165-168 y ss.

En este contexto, el 5 de diciembre de 1994, a escasos días de haber tomado posesión de su cargo, el presidente Ernesto Zedillo, en cumplimiento de una promesa de campaña, envió al Senado de la República una iniciativa de reforma a varios artículos de la Constitución federal en relación con el sistema de justicia.

Además de innovaciones importantes en el ámbito de procuración de justicia y seguridad pública, la iniciativa proponía también cambios significativos a la estructura y funciones del Poder Judicial de la Federación. De manera específica, se definía una nueva composición para la Suprema Corte, al tiempo que se ampliaba su competencia en cuestiones de constitucionalidad.

Igualmente, se establecía el Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte, y se instituía una carrera judicial formal. El decreto de reforma se publicó el 31 de diciembre de 1994, para entrar en vigor, la mayoría de sus disposiciones, al día siguiente.¹⁵

A diferencia de otros países latinoamericanos, antes de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 no había en México, ni en los círculos académicos o profesionales ni en la opinión pública, una discusión amplia y profunda sobre la reforma judicial. Por tanto, no se observaba ningún esfuerzo visible para analizar distintas opciones de política en relación con la reforma judicial.

La reforma más controvertida en la iniciativa de Zedillo era, sin duda, la disposición transitoria que enviaba al retiro forzoso y anticipado a los veintiséis ministros de la Suprema Corte. La justificación explícita era que las nuevas facultades de la Suprema Corte como tribunal constitucional requerían una composición altamente calificada y más compacta. También se argumentó que la Corte podía regresar a su composición original de once ministros porque ya no había un problema de rezago y, además, se transferían las tareas administrativas de la Corte al Consejo de la Judicatura Federal. Sin embargo, esta disposición pudo deberse a

¹⁵ El 14 de julio de 1994, Zedillo, entonces candidato presidencial del Partido Revolucionario Institucional (PRI), pronunció un importante discurso de campaña en la ciudad de Guadalajara, Jalisco. El discurso delineó “diez propuestas para un nuevo sistema de seguridad y justicia”. Seis de las diez propuestas se referían al control de la delincuencia y al sistema de justicia penal.

otras razones no reveladas públicamente, como la corrupción en el propio Poder Judicial.¹⁶

Comprensiblemente, la propuesta causó considerable molestia y descontento entre los propios ministros de la Suprema Corte. Divididos entre ellos mismos, y sintiendo quizás que su causa despertaba escasa simpatía pública, los ministros no lograron hacer una declaración pública, ni colectiva ni individualmente.¹⁷

En resumen, todos estos cambios tienden a conferir más poder, autoridad y visibilidad a los tribunales federales en general y a la Suprema Corte en particular. Sin embargo, no se trata meramente de cambios formales surgidos de la mente de los juristas o políticos, sino que, en alguna medida, son resultado de las demandas y expectativas que la sociedad mexicana está enderezando hacia el sistema judicial.

Lo anterior se refleja en la creciente relevancia social, económica y política de los asuntos y los conflictos que están llegando a los tribunales, lo que les ha traído mayor presencia en los medios de comunicación. Los propios ministros de la Suprema Corte, a diferencia de sus predecesores, han estado promoviendo su presencia en los medios, así como la difusión más amplia de sus actividades y resoluciones.

También están utilizando sus criterios de interpretación como vehículo para reclamar más poder y para afirmar su nueva prominencia en la vida pública de México, conscientes de que, desde un punto de vista jurídico, solamente una reforma constitucional es capaz de modificar una resolución de la Suprema Corte.¹⁸

¹⁶ Puede verse un panorama de los cambios en Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 548 y ss. “Que el Poder Judicial y la Suprema Corte no eran totalmente inmunes a la corrupción lo demuestra un sonado caso, en el que dos magistrados de circuito fueron destituidos y procesados por haber aceptado dinero por haber dejado libre a un homicida. En relación con el caso, también se presentaron cargos contra un ministro de la Corte, quien renunció y salió del país. Recientemente, este ex ministro fue detenido en Texas”.

¹⁷ Véase “Divide a ministros reforma judicial” y “Preocupan despidos en la Suprema Corte”, *Reforma*, 8 y 9 de diciembre de 1994.

¹⁸ Carpizo, Jorge, “Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, 2000; Cossío Díaz, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *Política y gobierno*, México, vol. VIII, núm. 1, primer semestre de 2001.

Continuando con la temática central de este trabajo, el caso mexicano permite hablar de las siguientes garantías constitucionales-penales, de las cuales destacan las enunciadas por el artículo 20 de la carta magna correspondiente.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos abundan las normas a propósito del enjuiciamiento penal y otras cuestiones conexas. Sergio García Ramírez expone que son seis, fundamentalmente, las series de preceptos procesales incorporadas a la ley suprema.

La *primera* formula el principio de legalidad penal, procesal y ejecutiva, plasmado en los artículos 13, 14 y 17. En *segunda* instancia, la Constitución contiene las distintas prevenciones orgánicas y funcionales que aluden a la jurisdicción, la acusación y la defensa, en forma directa o a través de los órganos en los que esas funciones se depositan. Se hace referencia a dichas disposiciones en el artículo 21, fracciones VI y IX, en el apartado A del artículo 20 y los textos que organizan a los poderes judiciales de la federación, los estados y el Distrito Federal.

La *tercera* serie de normas tiene por sustento los más destacados principios procesales que ameritan una declaración constitucional, como es la publicidad, reconocida en las fracciones III y IV del apartado A del precitado artículo 20.

En una *cuarta* serie figuran disposiciones acerca de medidas cautelares o precautorias. Algunos ejemplos de ellas son la detención, regulada por el artículo 16; la prisión preventiva, constreñida en el párrafo 1 del artículo 18; la libertad provisional, regida por la fracción I, apartado A, del artículo 20, etcétera.

En *quinto* lugar tenemos las estipulaciones sobre ciertos procedimientos penales o parapenales, en función de la edad del sujeto, el cargo que desempeñe, su profesión y la naturaleza de la conducta desarrollada, entre otros factores dignos de mención.

Algunas de las disposiciones que ilustran esta quinta serie son el artículo 13, que deja subsistente el fuero castrense militar para las faltas y delitos de este carácter; el párrafo 4 del artículo 18, que regula instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores; el artículo 21, que prevé la justicia por faltas a los ordenamientos de policía y buen gobierno, y el título 4 de la Constitución, que implanta las responsabilidades políticas, penales y administrativas de los servidores públicos, así como el sistema orgánico y procesal para exigirlas.

La *última* serie la componen aquellas normas constitucionales de contenido procesal penal que se ocupan de otros puntos vinculados con los anteriores, como el artículo 23, que delimita la impugnación y el número de instancias en el proceso.

Podría contemplarse la existencia de una serie adicional que trata de las garantías jurisdiccionales o de otro carácter que tutelan los derechos del procesado. Para su exemplificación contamos con el amparo y la actuación del *ombudsman*, este último contenido en el apartado B del artículo 102 constitucional.

Las series expuestas anteriormente, en su conjunto, integran el régimen procesal penal de la Constitución. Son elementos de un sistema que responde al objetivo de proteger al hombre cuando se hallen en juego sus bienes fundamentales.

El artículo 20 es considerado la columna vertebral del proceso, ya que se refiere a una amplia gama de actos o situaciones procesales a lo largo del enjuiciamiento. Dicho artículo consta de dos apartados: el apartado A, que hace referencia a las garantías del imputado en todo proceso de orden penal, y el apartado B, que se refiere a las garantías de la víctima o del ofendido.

El *proceso de orden penal*, al que se refiere el artículo 20, no inicia sino hasta que el Ministerio Público ejerce la acción penal frente a la autoridad judicial, el juez, para que éste, basado en las indagaciones del Ministerio Público, comience el despacho de sus propias atribuciones.

Al establecer en su apartado A las garantías del imputado,¹⁹ está resguardando ciertos derechos individuales aun antes de iniciarse la acusación y el procedimiento correspondiente en su contra. Es decir, el individuo es protegido desde que se inicia la averiguación previa por parte del Ministerio Público.

El Ministerio Público —en la averiguación previa— y el juzgador —en el proceso— disponen de amplias facultades probatorias. El artículo 20 es el marco normativo de la prueba en el proceso penal.²⁰ En el pa-

¹⁹ García Ramírez, Sergio, Comentario al artículo 20, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, cit.*, nota 1, pp. 112-128.

²⁰ *Idem.* “La fracción II señala que el acusado «no podrá ser obligado a declarar», y acto seguido prohíbe y sanciona la incomunicación, la tortura y la intimidación. Lo anterior nos coloca en el terreno de las declaraciones que puede producir el imputado en el procedimiento, y particularmente la más reveladora y comprometedora, que es la confe-

sado se sostuvo que la confesión era la “reina de las pruebas”, es decir, la prueba más eficaz para conocer la verdad sobre la imputación delictuosa.

En los tiempos recientes ha decaído el valor de la confesión: hoy es vista con recelo; se le atribuye la eficacia de un mero indicio que debe ser apoyado o corroborado por otros elementos de convicción. El descrédito de la prueba confesional obedece a una serie de consideraciones atendibles.

Si bien es cierto que en circunstancias normales nadie se atribuye la responsabilidad por un delito que no ha cometido, también lo es que hay personas que asumen esa responsabilidad sin tenerla, con el propósito de adquirir notoriedad o favorecer a terceros.

Por otra parte, lo cierto es que en materia penal un buen número de confesiones —en las que suele apoyarse la consignación y hasta la sentencia del sujeto— han sido obtenidas por medios reprobables; así, la violencia física o moral sobre el sujeto cuya declaración se quiere obtener.

Es obvio que una confesión arrancada con violencia no debe surtir efecto alguno en el proceso, como no sea acarrear la responsabilidad penal del agente que maltrató al inculpado para alcanzar su declaración. Por eso México ha dictado normas para la prevención y represión de la tortura, y se ha adherido a los convenios internacionales que luchan contra estas prácticas.

Es digno de mencionar lo que señala la Constitución en cuanto a que el inculpado “no podrá ser obligado a declarar”, puesto que no distingue entre los diversos sentidos que puede tener su declaración: adversa o favorable al inculpado. En resumen, así se reconoce acertadamente el llamado “derecho al silencio”.

En este sentido, la fracción V del artículo constitucional en comento ordena recibir al inculpado “los testigos y demás pruebas que ofrezcan”. Para que sea eficaz la promoción probatoria de aquel, se dispone concederle “el tiempo que la ley estime necesario al efecto”, y auxiliarle para “obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

Esta fracción destaca que el régimen procesal mexicano establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales consagra una amplísima

sión. Ésta consiste en el reconocimiento que hace el inculpado sobre su participación en el hecho delictuoso. A través de la confesión, el autor admite ser autor o cómplice del delito”.

posibilidad probatoria: en efecto, abre la puerta para la recepción de cualesquiera pruebas pertinentes, es decir, relativas a la materia que constituye el tema del proceso. Cabe decir que la facultad probatoria de las partes sólo se detiene cuando se trata de medios reprobados por la moral o por la ley, o de probanzas inconducentes, frívolas e inútiles.

La consideración sobre el tema de la prueba penal no debe cerrarse sin apuntar, aunque brevemente, que este asunto tiene conexiones con otros preceptos constitucionales. Tal sucede, por ejemplo, a propósito del artículo 16 que alude a la intervención de comunicaciones privadas, concepto muy amplio que parece abarcar —pero no abarca— las comunicaciones epistolares.²¹

A modo de conclusión, la Constitución mexicana difiere de la Constitución española en su génesis. La carta española de 1978 provino de una circunstancia específica, ampliamente examinada, y se apoyó en un laborioso consenso. Incluso el rey Juan Carlos, al dirigirse a las Cortes el 27 de diciembre de ese mismo año, señaló que se había conseguido armonizar los respectivos proyectos para hacer posible el entendimiento básico entre los principales sectores políticos del país. En cambio —como ya se ha mencionado—, la Constitución mexicana de 1917 fue una norma producida por representantes de la corriente más poderosa de una Revolución que aún no concluía.

Al hacer una recapitulación de lo anteriormente expuesto, resulta admisible concluir que tanto la Constitución mexicana como la española atienden a los derechos fundamentales del hombre y buscan proporcionar los medios para que el Estado garantice su observancia. Las institu-

²¹ *Ibidem*, pp. 321-323 y ss. Por otra parte, el décimo párrafo del artículo 16 sostiene que carecerán de valor probatorio los resultados de las intervenciones que no se ciñan a los requisitos y términos previstos en las leyes. En otras palabras, esas pruebas son inadmisibles, en cuanto lo son cualesquiera pruebas practicadas en contra de la ley. El artículo 16 dispone en su primer párrafo: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Su noveno párrafo establece que: “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración”.

ciones y garantías contenidas en ambos ordenamientos son de una naturaleza similar, enarbolando la protección del individuo, piedra angular de la sociedad moderna.

Hablar de la protección jurídica de los derechos fundamentales implica abordar todas y cada una de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en el sistema jurídico positivo, que tiene como finalidad la salvaguarda de los derechos y libertades básicas que se consagran en la parte dogmática de las Constituciones políticas de la modernidad.²²

Para mejor aclaración de lo dicho, puede añadirse que la Constitución española, ratificada mediante referéndum de 1978, contuvo la figura del Defensor del Pueblo en su artículo 54 (ubicado en el capítulo IV del título I de dicha norma fundamental), precepto en el que se regulan las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Por otra parte, en México, inicialmente la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue estructurada como un órgano descentralizado de la Secretaría de Gobernación, dependiendo directamente del secretario de dicha dependencia y sustituyendo a la antigua Dirección General de Derechos Humanos.

Precisamente, las críticas surgieron por la ubicación de dicha dependencia (decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 1990). Así quedó establecido en el artículo 102, apartado B: la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Finalmente, en 1999 hubo una última reforma al artículo 102, apartado B, que tuvo por objeto dar a la Comisión Nacional de Derechos Humanos mayor autonomía de la que anteriormente tenía, ya que, aparte de la inamovilidad del cargo de presidente de la Comisión, la elección de este funcionario será hecha por el Senado de la República de entre una

²² Suárez Romero, Miguel Ángel, “Estudio comparativo de la protección jurídica de los derechos fundamentales. Los casos de España y México”, *Perspectivas del derecho en México II*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 87-89 y ss. “Hablamos de modernidad, porque es aquí donde surge el verdadero constitucionalismo, en el que están presentes las ideas de límite y garantía de los derechos fundamentales”. Para estos efectos puede verse el reciente trabajo del excelente autor florentino Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 85 y ss. El origen lingüístico de la expresión *ombudsman* se remonta a la Constitución sueca de 1809, y se debe al jurista sueco Hans Harta, quien, por aquel entonces, era parte integrante de la comisión constitucional que fructificó en la carta magna sueca de 1809, como se ha dicho anteriormente.

terna que presente el Ejecutivo, la cual puede inclusive ser rechazada por el Senado para que sea presentada una nueva.

Cabe señalar que en la Constitución mexicana dicho artículo expresa que estos organismos de protección de los derechos formularán “recomendaciones” públicas autónomas, no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. En otras palabras, se establece —con plena claridad— su calidad de medio político de protección de los derechos fundamentales, y la no vinculatoriedad de sus resoluciones.

El Defensor del Pueblo español, aunque cuenta con la misma naturaleza, no es competente para modificar o anular los actos o resoluciones de la administración, pero podrá, en su caso, “sugerir” la modificación de los criterios utilizados en la emisión de dichos actos o resoluciones.

Un factor determinante en las Constituciones modernas es el denominado fenómeno de la globalización. Así, el politólogo y jurista, doctor en derecho y ciencias sociales, Marcos Kaplan, considera que el Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria. Por una parte, existe una tendencia al debilitamiento y decadencia como profecía de su extinción. Por otra, se da una continuidad y fortalecimiento en los Estados soberanos.

Ambas opciones que coexisten se entrelazan y se oponen al mismo tiempo. En la actualidad se discute —todavía— cuál es la hipótesis más acorde con la realidad. Ejemplo de ello se da en el Estado latinoamericano, donde el fenómeno globalizador debilita e incapacita como agencia de conservación y mero crecimiento del desarrollo integral.

El Estado anteriormente mencionado no unifica los principales actores e intereses de la sociedad y del sistema político, por la fuerza de lo que hacen y por sus logros en el desarrollo. Por el contrario, las políticas de autocentralización y de amplificación del poder estatal generan múltiples contradicciones y conflictos de todo tipo, que reflejan en el Estado una reducción de su autoridad, legitimidad y consenso. El Estado es absorbido por la supervivencia inmediata, amenazado por crisis nacionales y mundiales nunca antes vistas, disminuyendo su capacidad de acción interna y externa del espacio nacional. En estas condiciones, las intervenciones del Estado son improvisadas bajo una presión de coyunturas y emergencias, generando una irracionalidad y una anarquía derivada de dichas contradicciones.²³

²³ Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 411-413 y ss. “El Estado usa poco y mal los instrumentos y

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En 2003 se cumplió el *veinticinco aniversario* de la Constitución española de 1978. Dicho cuerpo dogmático está integrado por algunos principios y valores que cierta tendencia intelectual considera como muy valiosos. Todo lo anterior ocasiona la necesidad de conectar el sentido de los principios y de los valores.²⁴

Cabe señalar que la Constitución Española de 1978 es una norma fundamental dimanante de una transición política desde el franquismo a la democracia y que (como toda transacción) implicó la necesidad de establecer un ponderado equilibrio entre las diversas fuerzas políticas concurrentes.

Sin embargo, en pocas palabras, se produjeron tres grandes transformaciones:

- La desaparición de los *poderes fácticos*, entiéndase el ejército, en cuanto protagonista principal de la vida nacional y de las instituciones derivadas de la dictadura.
- El régimen de regiones autónomas —o, lo que es lo mismo, la aparición de las autonomías—, lo que terminó dando lugar a un Estado autonómico.
- Finalmente, la monarquía parlamentaria, encarnada en la figura del rey Juan Carlos. Al principio, el monarca encontró dificultades pa-

entes en sus manos. Abdica de sus posibilidades y poderes. No proporciona suficientemente los impulsos, valores y las normas, las opciones y programas que requerirían una estrategia y una política para el desarrollo y su planificación democrática. El Estado se autolimita en su papel como regulador mínimo y tapa-brechas en relación con los problemas, necesidades e intereses de la sociedad y sus principales componentes. Sus políticas oscilan entre un nacional-populismo-estatizante, y un elitismo-privatista-neocolonialista, o los combina en proporciones variables. La coexistencia entre sector público y privado es difícil, y tiende al fortalecimiento del segundo en detrimento de la autonomía, gravitación y eficacia del Estado”.

²⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdés, Madrid, Civitas, 1993, pp. 141-143 y ss. Una posición interesante es la mantenida por Alexy, sustentadora en la ubicación, en distintos niveles, de los principios y de los valores. El autor en comento establece que los principios tienen carácter deontológico, mientras que los valores se ubican en el nivel axiológico. De ahí que los primeros sean mandatos, es decir, pertenezcan al universo de lo debido. En tanto que los valores constituyen criterios para orientarnos en relación con *lo mejor*, sin originar ningún deber.

ra la aceptación de dicha monarquía en las zonas más conservadoras de la derecha.

Cuando era sólo un príncipe de España, sufrió un severo desgaste debido al enfrentamiento entre los deseos y necesidades de Franco y el liberalismo de don Juan (residente en Lisboa), creando grandes dificultades a su posición, hasta que su padre renunció a la jefatura de la Casa Real Española.²⁵

- Pero hubo un último escollo, el más grave de todos, y se originó con el golpe de Estado intentado por el teniente coronel de la Guardia Civil, Molina Tejero, y el general Milán del Bosch, que fue superado por la gallardía y valentía del teniente general Gutiérrez Mellado y el ejercicio por el joven monarca de su calidad de jefe del ejército español, evitando un derramamiento de sangre.

Ubicándonos en las garantías constitucionales consignadas en la norma fundamental española, haremos una escueta referencia a algunas de ellas. El principio de legalidad se encuentra contemplado, en *primer lugar*, en el artículo 90., párrafo 3, donde dice literalmente: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Precisamente, el desarrollo del principio de legalidad se realiza en el artículo 25:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

²⁵ Pérez Royo, Javier, “La contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1986, *passim*. El distinguido constitucionalista sevillano desarrolla una amplia teoría sobre la construcción del Estado autonómico por la jurisprudencia constitucional, que recoge fielmente los avatares de tal situación, y donde enfatiza la importancia de las autonomías. Pérez Royo, Javier, “Il funzionamento dello Stato delle Autonomie in Spagna: riflessioni sui contributo del Tribunale Costituzionale”, *Regione e Governo Locale*, Roma, 1987, *passim*. El profesor Pérez Royo analiza detenidamente, en dicho artículo, el funcionamiento del Estado autonómico en España y reitera su reflexión sobre la contribución del Tribunal Constitucional a la creación y solidificación de dicho Estado autonómico.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Artículo 16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.

Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegal-

mente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Artículo 22. 1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter militar.

Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

En este sentido, el profesor Francisco Rubio Llorente analiza, cita y comenta las sentencias del Tribunal Constitucional, y así, al hablar del *principio de legalidad*, hace constar que en la Constitución no existe reserva reglamentaria, “esto es, la imposición de que determinadas cuestiones hayan de ser reguladas por normas reglamentarias y no por otras con rango de ley” (STC5/1981, FJ2).²⁶

Dicho esto, por supuesto que Rubio Llorente y sus colaboradores se refieren después a los principios siguientes: el de publicidad de las normas, el de irretroactividad, el de seguridad jurídica, el de la interdicción

²⁶ Rubio Llorente, Francisco *et al.*, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 65 y ss. “En otra sentencia del Tribunal Constitucional, en relación con el mismo problema, cita literalmente lo siguiente: «...la distinción clásica entre ley y reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita»” (STC35/1982, FJ2).

de la arbitrariedad y un amplio etcétera, que nos limitamos a no exponer con detalle por razones de economía y de oportunidad en este trabajo.

Podría resumirse, aun a riesgo de exclusión de otras cosas, que todo queda bastante bien expresado en el artículo 10 de la Constitución, que dice literalmente:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por su parte, el ilustre constitucionalista Javier Pérez Royo proyecta su estudio a las garantías constitucionales junto con el control de la constitucionalidad. Así, dice que dichas garantías son las de “la” Constitución, es decir, las garantías que la propia Constitución se proporciona a sí misma con la finalidad de asegurar su preeminencia respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico.²⁷

Recientemente, la profunda reforma que sufrió el Código Penal español en 1995, llevada a cabo por el gobierno socialista, ha concluido. Precisamente, el Congreso de los Diputados dejó terminada —el 11 de septiembre de 2003—, para su aprobación definitiva por el Senado, la modificación de ciento setenta artículos de dicho cuerpo legal, lo que ha implicado una extensa transformación.

Varias decenas de enmiendas, formuladas por toda la oposición, no pudieron concretarse en el pleno del Congreso, ya que la negativa del Partido Popular frustró tal posibilidad. De esta forma, la iniciativa popu-

²⁷ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 149 y ss. El profesor en comento dice literalmente: “Tales garantías son dos: la reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley. A través de ellas es como la Constitución se ha afirmado como norma jurídica. Hasta que ellas no imponen su presencia de manera indiscutible, la Constitución es documento político, pero no es norma jurídica y el derecho que se ocupa de la Constitución es derecho político, pero no es derecho constitucional. Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la Constitución también norma jurídica, y del derecho político al derecho constitucional. Sin ellas, el derecho constitucional tiene que ser un derecho del «principio de legalidad», pero no puede ser un derecho del «principio de constitucionalidad»”.

lista pasó el filtro del Congreso prácticamente igual a como el gobierno la había elaborado.

Tratándose de leyes orgánicas se requería un quórum elevado; tanto para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, de naturaleza igualmente orgánica, del Código Penal fue necesario —en ambos casos— votaciones de gran amplitud y de carácter aprobatorio.

Precisamente, esas leyes orgánicas han de ser debatidas en el Senado, y por lo que se refiere a algunos detalles concretos, *ad inferos*, nos remitimos a los cuadros desarrollados al final del presente trabajo.

Es curioso, pero resulta necesario destacar que precisamente los partidos de la derecha española se retiraron a la hora de aprobar la Constitución actualmente vigente, pero luego son los más acérrimos defensores del concepto absorbente de la *communis patria*, y en parte temeroso de la *propriaie patriae*, sin tener en cuenta que el Estado español es un compuesto de regiones autonómicas, y creo que de nacionalidades, dentro del esquema mayor de España (me refiero, entre otras, al concepto nacional de Cataluña y al País Vasco).

Tan es así que la propia Constitución de 1978, cuyo veinticinco aniversario se celebró en 2003, tiene en cuenta estas situaciones y que el Estado español tiene cuatro idiomas: el catalán, el vasco, el gallego y el castellano, fungiendo éste como el oficial del Estado español.

En la legislatura de la mayoría absoluta del Partido Popular (PP) se produjeron grandes modificaciones, aprovechándose de esa mayoría absoluta. Se modificaron ciento noventa y dos leyes de todo tipo, una buena parte de las cuales eran sumamente polémicas. Esta segunda legislatura no atendió la considerable cantidad de protestas para la rectificación de la línea seguida, con la única excepción de la huelga general, que dio fin a los intentos de la reforma laboral planteada.

En sus primeros cuatro años (obligado a pactar), el Partido Popular retiró o modificó muchas propuestas debido a las protestas sociales. Esta vez no. El Parlamento aprobó ciento noventa leyes, algo menos de las doscientas veinte de la legislatura anterior, pero mucho más relevantes y polémicas.

Todas las reformas correspondientes a la legislatura de la mayoría absoluta del Partido Popular fueron aprobadas, y su finalidad (entre otras cosas) fue endurecer el Código Penal. La principal tiene que ver con el terrorismo y la delincuencia. Concretamente, al comienzo de 2003 se modificó profundamente el Código Penal —llegándose a cambiar ciento

setenta y cinco de sus seiscientos treinta y nueve artículos— para enducir las penas en términos generales.

A continuación reflejamos las reformas de la *mayoría absoluta del Partido Popular*:

1) Justicia:

- a) Endurecimiento de penas. Terrorismo, narcotráfico, inmigración irregular, maltrato doméstico. La pena máxima pasa de treinta a cuarenta años. Cuatro faltas llevan a la cárcel, como un delito.
- b) Menores. Se modificó la Ley del Menor para que los acusados de terrorismo callejero que tengan entre 14 y 16 años de edad puedan ser internados durante cinco años. Entre 16 y 18 años de edad podrán serlo hasta diez años.
- c) Prisión provisional. Sistema de alerta cuando un encarcelado lleva treinta y dos meses en prisión para que no salga sin juzgar a los cuatro años.
- d) Ley de Partidos. Abrió la vía para la ilegalización de Batasuna.
- e) Juicios rápidos. En un máximo teórico de quince días se deben juzgar todos los delitos castigados con penas inferiores a cinco años.
- f) Extranjería. Se reformó tres veces. Sólo quien posea visa puede entrar y trabajar legalmente en España. La policía puede acceder al patrón para expulsar a los irregulares. Las compañías deben informar sobre pasajeros ajenos a Schengen.

2) Educación:

- a) La Ley de Calidad. Con más de dos materias reprobadas se repite curso.
- b) Ley de Universidades. Fin de la selectividad. Reforma el sistema de elección del profesorado e introduce el sufragio universal para elegir al rector.

3) Medio ambiente:

Plan Hidrológico Nacional. Tres billones en obras hidráulicas en ocho años. La más polémica es el trasvase del Ebro, de 1050 hectómetros cúbicos y un coste de 700,000 millones de pesetas.

4) Economía:

- a) Nuevo IRPF. De media se paga el 11% menos. El máximo pasó del 48% al 45% y el mínimo del 18% al 15%.
- b) Nuevo sistema de financiación autonómica. Se cede el 33% con capacidad normativa plena. El modelo reparte 8.5 billones entre 15 comunidades.

En total, en cuatro años se han aprobado ciento noventa y dos leyes; ciento sesenta y cuatro procedentes de proyectos de ley, diecinueve de proposiciones y nueve de reales decretos leyes. Hacienda ha modificado sesenta y cuatro normas, y Justicia veintitrés.²⁸

III. SISTEMA JURÍDICO DE CANADÁ

1. Introducción

El desarrollo constitucional de Canadá refleja la propia historia del país, con la maduración de una democracia autónoma y la incorporación permanente de nuevas ideas y condiciones. La Constitución, como el propio país, tuvo una secuencia fáctica, y se concretó en un cierto plazo.

Implica un impacto relevante de su pasado y, al mismo tiempo, ha sabido adaptarse a las nuevas circunstancias crónicas y tópicas, de tal manera que sitúen a los canadienses en una buena posición para resolver los desafíos del siglo XXI. Los arreglos constitucionales de Canadá se integran con una parte escrita y una parte no escrita.²⁹ Proporcionan el marco jurídico básico para la operatividad del gobierno, definiendo y formando las instituciones principales gubernamentales y las relaciones entre ellas. Además, los derechos de los canadienses (tanto colectiva como individualmente) son establecidos en relación con el Estado.

La finalidad del conocimiento histórico del desarrollo constitucional de Canadá intenta proporcionar a los canadienses una perspectiva histó-

²⁸ *El País*, 12 de enero de 2004, p. 13.

²⁹ Cardin, Jean-François, *A History of the Canadian Constitution. From 1864 to the Present*, Montreal, Canadá, Global Vision Publishing Company, 1996, *passim*. Se trata de un tránsito histórico que abarca los distintos períodos, que culminan en 1990 y que se corresponden puntualmente con el propio desarrollo del sistema jurídico constitucional canadiense.

rica y, también, la información sustancial necesaria para en su momento detallar claramente la sustancia de los esfuerzos en esta época para reformar la Constitución.

2. *Antecedentes constitucionales*

El desarrollo político y constitucional de Canadá no comenzó con la llegada de los primeros colonos europeos. Los aborígenes de Canadá habían desarrollado una variedad de idiomas, de culturas y de sistemas de gobierno, alianzas y tratados. La Constitución de Canadá reconoce y reafirma los derechos aborígenes y su trato correcto. Los asuntos de los aborígenes, así como el gobierno autónomo aborigen, siguen siendo un elemento dominante de la agenda de Canadá para el cambio constitucional.

El desarrollo constitucional formal en Canadá comenzó con el decreto que creaba el consejo soberano de Quebec en 1663, por el que Francia establecía la Nueva Francia como una provincia real y con una disposición hecha para el gobierno civil. Después de la transferencia de Canadá al gobierno británico, la proclamación real de 1763 estableció, entre otras cosas, ciertos principios que respetaban el gobierno civil en Quebec y relaciones con los aborígenes.

En los años inmediatamente precedentes a la revolución americana, el gobierno británico se enfocó cada vez más en la cuestión de cómo mantener la lealtad de sus miembros canadienses. Atento de las diferencias culturales significativas entre Quebec y el resto de Norteamérica británica, el Parlamento de Westminster dio a conocer el Acta de Quebec de 1774, autorizando el uso de la ley civil francesa y permitiendo el ejercicio libre de la religión católica. Este acto es la fuente legal original de la posición subsecuente de Quebec, que afirma su reconocimiento de continuación como sociedad distinta en Norteamérica.

Después de la Revolución americana, el acta de la Constitución de 1791 dividió Quebec en dos provincias, Baja y Alta Canadá, cada una con una asamblea elegida. Las asambleas elegidas permitieron que los canadienses gozaran de un gobierno representativo por primera vez y que controlaran la imposición de nuevos impuestos. Sin embargo, el Ejecutivo del gobierno no era responsable de sus políticas, programas y actividades ante la asamblea elegida, y a través del tiempo esta carencia de la responsabilidad ocasionó un fuerte descontento entre los líderes elegidos.

En 1837-1838 había rebeliones en Alta y Baja Canadá con demandas por un sistema del gobierno responsable. El gobierno constitucional fue suspendido, y lord Durham fue enviado a Canadá para investigar la situación y para hacer recomendaciones. El informe de Durham fue hecho con dos recomendaciones importantes:

- Que Alta y Baja Canadá estuvieran juntas en una unión legislativa; que se proscribiera el uso del francés y la asimilación de la población francófona por la anglófona, la cual debía ser alentada.
- Que se estableciera un gobierno responsable.

El Acta de Unión de 1840 buscó, pero no pudo alcanzar, el primer objetivo. Ocho años más tarde, ingleses y franceses fueron colocados en un plano similar respecto a todos los propósitos oficiales. Aunque el Acta de la Unión no había previsto el gobierno responsable, este segundo objetivo fue alcanzado bajo la Constitución “no escrita” de Canadá; las tradiciones, las costumbres y las prácticas fueron el inevitable complemento de la Constitución escrita.

3. La Constitución no escrita

El gobierno responsable, uno de los aspectos más fundamentales de la Constitución de Canadá, no es encontrado en la Constitución escrita, sino en la costumbre y precedentes establecidos. El gobierno responsable y otras características de la democracia canadiense se formaron después del modelo británico de gobierno, que al no tener una Constitución escrita formal continúa confiando en convenciones constitucionales no escritas como la base para la democracia parlamentaria.

El gobierno responsable denota un sistema en donde los miembros del gabinete son colectivamente responsables de las acciones del Ejecutivo.

El sistema de Canadá del gobierno parlamentario responsable deriva de las instrucciones enviadas por la oficina colonial a los gobernadores en Norteamérica británica en 1846. Después de elecciones generales en Nueva Escocia, la asamblea adoptó un voto de no confianza en la administración del 25 de enero de 1848. El Consejo Ejecutivo dimitió dos días después, y el 28 de enero, J. B. Uniacke formó el primer gobierno responsable en Norteamérica británica.

Las convenciones y el precedente continúan siendo hasta hoy la base del gobierno responsable en Canadá.

4. Confederación

La unión legislativa de las dos Canadás en 1840 no creó un sistema estable. La igualdad de la representación de las dos Canadás en la asamblea electa no reflejó sus diferencias en la población, riqueza, contribuciones al erario público y necesidades fiscales. Aunque una unión legislativa había sido creada, tuvo que gobernar a dos distintas sociedades: la ley civil francesa se aplicó en el este de Canadá, mientras que el *Common Law* británico se aplicó en el oeste; la educación era predominantemente francesa y católica en Canadá del este, mientras que era predominante el inglés y la religión protestante en Canadá del oeste.³⁰

Desde el principio, la existencia de dos sistemas legislativos requirió la existencia de dos abogados generales en el gobierno.

³⁰ Hamelin, Jean y Provencher, Jean, *Breve historia de Quebec*, trad. de Glenn Gallardo, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 17. *El imperio francés en América del Norte*: la búsqueda desenfrenada del castor y el deseo de encontrar un paso que condujera al Asia llevaron a los franceses hacia todos los puntos de la América del Norte. Resulta difícil imaginar hoy la immensidad de la Nueva Francia a mediados del siglo XVIII. He aquí la descripción geográfica que de ella nos hace el señor de Boucault en 1754:

Su extensión actual abarca...

1. L'Isle Royale, que se encuentra a la entrada del golfo de Canadá, con todas las demás islas que se hallan en esta bahía.

2. La tierra firme de la Acadia, a lo largo de la península de Acadia, hasta el mar, y lo que se encuentra hasta la Nueva Inglaterra yendo hacia el oeste.

3. La tierra firme de Labrador y todas las costas marítimas que se terminan y se extienden desde el Estrecho de Bell-Isle hasta la bahía de Hudson.

4. Todas las tierras que dan al río San Lorenzo, desde su desembocadura hasta su fuente, y la de todos los afluentes que desembocan en él.

...El gobierno de Nueva Francia no se limita por los lados oeste y noroeste al Lago Superior, y ni siquiera a las fuentes del río San Lorenzo; desde hace muchos años, los franceses han ocupado varios sitios cuya descripción detallada sería demasiado larga para este informe, pero todo lo que se puede decir es que parece haber mucho más distancia del Lago Superior a estos últimos sitios, que de Montreal a los más alejados extremos del Lago Superior...

Desde que la Compañía de las Indias le entregó al rey la Luisiana, la administración de lo temporal ha quedado restablecida....salvo que los Illinois se encuentran bajo la autoridad inmediata del gobierno particular de la Luisiana, mismo que reconoce al gobernador general de la Nueva Francia como su superior.

Por 1850, las consideraciones culturales, sociológicas, demográficas y políticas favorecieron para que se perdiera la unión en los respectivos ámbitos:

- a) Asuntos sobre la educación, la administración de justicia, la propiedad y los derechos civiles podían ser removidos de la legislatura de la unión y ser devueltos a los gobiernos locales.
- b) Asuntos sobre bien común, tales como comercio, defensa y banca, podían ser regulados por la autoridad central.

Sin embargo, si había presiones de finalizar con los enlaces de la unión, también existían factores en favor de una autoridad central fuerte.

La guerra civil americana había demostrado la fragilidad de un sistema federal descentralizado. La presencia de tropas americanas en los Estados del norte y las incursiones reiteradas por Fenians en territorio canadiense, introdujo la discusión de un elemento de miedo por una intervención militar; y el mayor ímpetu por el federalismo no se dio por el deseo de que los estados separados cedieran un poco de su soberanía, sino por el deseo de ajustar una unión existente.

Entre 1864 y 1867, los líderes políticos de la provincia de Canadá y de las provincias atlánticas se reunieron en Charlottetown, ciudad de Quebec, y finalmente en Londres, para examinar la posibilidad de crear una nueva unión federal y para proponer los términos en los cuales la nueva federación se basaría. En última instancia, los términos para la creación de la nueva federación fueron discutidos solamente en el Parlamento de la unión. Las discusiones legislativas en Nueva Escocia y New Brunswick se limitaron a la cuestión de si se debía o no enviar delegados a la conferencia de Londres, donde ocurrieron las negociaciones finales.

La unión federal tomó lugar el 1o. de julio de 1867. Fue altamente centralizada por las razones mencionadas anteriormente y porque el gobierno federal asumió algunos de los poderes ejercidos previamente por los británicos. La Constitución de 1867 previó que:

- 1) Los lugartenientes-gobernadores de las provincias fueran nombrados y remunerados por el gobierno federal.
- 2) El gobernador general del concilio podía rechazar cualquier ley de cualquier provincia en el plazo de un año de haber recibido una copia de ella.

- 3) El gobierno federal tenía poderes ilimitados de taxación, mientras que las provincias fueron limitadas a impuestos directos dentro de las provincias.

La sección 91 de la Constitución dio poderes más exclusivos que aquellos existentes en otras federaciones, como en los Estados Unidos o Suiza.

El gobierno federal disfrutó de poderes plenarios residuales a través de su poder sobre la paz, orden y buen gobierno, en contraste con los Estados Unidos y después el modelo australiano, donde los poderes residuales fueron albergados por los estados.

La autoridad federal fue consolidada más a fondo por el hecho de que los senadores fueron nombrados de por vida por el gobernador general, mientras que en 1867 los senadores americanos fueron elegidos indirectamente por las legislaturas de los estados para representar los intereses de los estados dentro de la legislatura federal. Además, la Constitución dio autoridad al Parlamento para establecer una corte general de apelación para Canadá: el Tribunal Supremo de Canadá, creado por el Parlamento en 1875, ahora es el medio final para los conflictos constitucionales entre los gobiernos federales y provinciales; además de que el gobierno federal nombra a sus jueces.

Sin embargo, mientras que el acuerdo de 1867 creó una federación altamente centralizada, las partes del acuerdo reconocieron específicamente la distinción de Quebec en la tradición del acta de 1774.

La confederación en sí misma era una innovación para hacer frente a los problemas constitucionales y económicos principales. Por ejemplo, el nuevo sistema combinaba un federalismo con un gobierno parlamentario de una manera singular, responsable, combinando nuevos sistemas de una manera totalmente original, a diferencia de los modelos federativos americanos o suizos, los cuales no eran parlamentarios. El modelo canadiense influenció posteriormente a Australia y a otras varias federaciones.

5. Evolución desde la confederación

Cuando Canadá dejó de ser una colonia británica que seguía el paso del estatuto de Westminster en 1931, el gobierno federal asumió la jurisdicción sobre los asuntos exteriores y otras materias de Canadá previamente bajo autoridad del gobierno británico.

La distribución de poderes entre los dos niveles de gobierno se ha enmendado formalmente sólo en cuatro ocasiones desde 1867:

- En 1940, el Parlamento ganó la jurisdicción exclusiva sobre el seguro de desempleo.
- En 1951, el Parlamento se hizo cargo de la legislación respecto a las pensiones por edad.
- En 1964, el poder del Parlamento sobre pensiones por edad fue extendido hacia otros beneficios suplementarios.
- En 1982, el poder de las provincias sobre los recursos naturales fue confirmado.

Debe también ser observado que aunque se dio la proclamación de la Carta de los Derechos y de las Libertades, esto no transfirió ninguna área de la jurisdicción legislativa de las provincias a Ottawa o viceversa, sino que impuso nuevos límites a los poderes Legislativo y Ejecutivo de ambos niveles del gobierno.

La enmienda constitucional formal, por lo tanto, no ha desempeñado un papel importante en la desviación del equilibrio del poder entre los gobiernos federales y provinciales. Sin embargo, la enmienda constitucional no es la única manera de alterar ese equilibrio. Las circunstancias —y la manera en que los gobiernos responden a ellas— pueden alterar importantemente los poderes. Por ejemplo, en los años treinta, problemas sociales y económicos causados por la gran depresión inspiraron nuevas iniciativas provinciales en el área de la política social. Por otra parte, durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal ejerció la plenitud de sus poderes ante la guerra, y así la federación de nuevo se centralizó altamente.

La crecida de sentido social después de la Segunda Guerra Mundial condujo a un mayor activismo en áreas de la jurisdicción provincial, por ejemplo educación, salud y bienestar. El interés en nuevos programas sociales surgió a menudo dentro de las provincias —particularmente en el caso de Saskatchewan—. Pero el gobierno federal también llegó a estar implicado, a veces usando su poder de gasto a través de hacer pagos directos en áreas de la jurisdicción provincial a las instituciones y a los individuos, por ejemplo concesiones a las universidades y becas a los estudiantes universitarios.

6. Interpretación judicial de la Constitución

Interpretando las disposiciones generales de la Constitución formal y aplicándolas a los conflictos específicos, las Cortes han desempeñado un papel central que ajustaba la Constitución a las condiciones y a las ideas cambiantes.

Las decisiones de las Cortes han formado la Constitución y el país inmensurablemente.

Aun cuando el Tribunal Supremo de Canadá fue establecido en 1875, la corte de Canadá de apelación final era hasta 1949 el Comité Judicial del Consejo Privado en Londres, Inglaterra.

Hasta 1982, cuando tomó fuerza la Carta canadiense de los Derechos y de las Libertades, la mayoría de casos constitucionales se referían a las secciones 91 y 92 y secciones relacionadas del acta de Constitución de 1867, cuando los poderes legislativos eran enumerados y distribuidos entre el Parlamento y las legislaturas provinciales.

El comité judicial era agudo, sensible a las demandas que estaban en conflicto entre las autoridades centrales y provinciales en Canadá, y a la necesidad de crear un equilibrio entre estos dos niveles de gobierno. El legado del comité —el principio relativo a que el Parlamento y las legislaturas provinciales son supremos en sus jurisdicciones legislativas respectivas— es uno de los temas principales de la historia canadiense.

El comité judicial no solamente resistió las tendencias centralizadoras de la Constitución, sino que también, en un cierto plazo, formó la distribución de poderes de la manera más fundamental.

En 1949, el Tribunal Supremo de Canadá se convirtió en la Corte Final de Apelación.

7. Patriación, la fórmula que enmienda, y la renovación constitucional

Cuando la independencia de Canadá de la Gran Bretaña fue reconocida, en principio, en el informe de Balfour de 1926, los canadienses hicieron frente a la tarea de desarrollar un procedimiento de enmienda constitucional que permitiría la patriación de la Constitución (que era entonces un estatuto británico) y se aseguraría de que el futuro desarrollo constitucional de Canadá fuera entendido por los canadienses sin referencia a un Parlamento extranjero.

Antes de 1968, las discusiones sobre la fórmula que enmendaba fueron llevadas a cabo siempre en sus propios esfuerzos —en 1927, 1931, 1935-1936, 1950, 1960-1961 y 1964—, sin ser ligado a otras cuestiones del cambio sustantivo. En última instancia, estas discusiones terminaron todo en falla. Seguía habiendo cambios formales a la Constitución de Canadá bajo autoridad legislativa británica cuando el estatuto de Westminster fue adoptado en 1931 y la independencia de Canadá fue reconocida en la ley.

En 1968 se convino un amplio proceso constitucional de renovación, que incluyó no solamente la patriación y una fórmula que enmendaba la Constitución, sino que incluía también cambios a las instituciones nacionales y a la distribución de poderes.

El acuerdo que en principio fue alcanzado en la conferencia de Victoria, en 1971, no fue adoptado en última instancia, y la Constitución continuaba siendo un estatuto británico.

Aunque Quebec ha estado luchando por incrementar el poder de las provincias, la elección del Parti Québécois en 1976 implicó una plataforma que distancia dramáticamente a Quebec del resto de la federación canadiense. El gobierno federal respondió publicando su visión de la renovación constitucional en junio de 1978. Entre octubre de 1978 y febrero de 1979, los gobiernos trabajaron intensivamente en una agenda de 12 puntos para el cambio constitucional, pero la conferencia de febrero de los primeros ministros falló en alcanzar el acuerdo.

A finales de 1979, el gobierno del Parti Québécois lanzó un documento sobre el federalismo canadiense referente a una modificación radical de la relación Quebec-Canadá. El papel no abogó el retiro institucional completo de Quebec de Canadá, pero hizo un llamado para la creación de una sociedad entre Quebec y Ottawa, llamada “asociación de soberanía”.

Un referéndum para intentar negociar tal arreglo fue fijado para el 20 de mayo de 1980.

El referéndum y el compromiso del primer ministro y la mayoría de los otros primeros ministros durante la campaña del referéndum anunciaron el comienzo de un nuevo esfuerzo vigoroso de patriación de la Constitución. El verano atestiguó una serie de reuniones ministeriales federal-pronvinciales, las cuales culminaron en la conferencia de los primeros ministros de septiembre de 1980.

Algunos de los principales asuntos discutidos en las reuniones de verano habían reflejado la agenda del gobierno federal: patriación de la Constitución.

tución con una fórmula de enmienda; una declaración de principios; una carta de derechos; una comisión constitucional para reducir las disparidades económicas regionales (a veces llamadas “igualación”), y una consolidación de los poderes sobre la economía nacional.

Otras ediciones se presentaron de las visitas de muchos años de las provincias para la autoridad creciente en ciertas áreas: recursos naturales, comunicaciones y difusión, ley de la familia, y recursos e industrias pesqueras costa afuera. Las provincias también buscaron la reforma del Senado y del Tribunal Supremo de Canadá de modo que estas instituciones reflejaran mejor la naturaleza federal de Canadá.

En la conferencia de septiembre, sin embargo, los primeros ministros no pudieron alcanzar el acuerdo unánime en ningún asunto. Por lo tanto, el 6 de octubre de 1980 el gobierno federal indicó la intención de patriación de la Constitución de forma unilateral, sin el consentimiento de los primeros ministros provinciales.

Ocho de las provincias protestaron inmediatamente esta acción unilateral, entre ellas Manitoba, Quebec y Terranova. El 28 de septiembre de 1981, el Tribunal Supremo de Canadá manifestó su decisión de que una patriación “unilateral” de la Constitución era legal.

En la estela de la decisión de la Corte, el gobierno federal convocó la conferencia de primeros ministros el 2 de noviembre de 1981. Ottawa y las provincias, a excepción de Quebec, convinieron en última instancia en un paquete de reformas constitucionales, incluyendo la patriación de la Constitución con una fórmula de enmienda y una carta de los derechos; la consolidación del control provincial sobre los recursos naturales, y el reconocimiento y la afirmación de los derechos existentes de los aborígenes de Canadá.

El acuerdo representó un compromiso entre nueve provincias y el gobierno federal.

8. *El Acuerdo del Lago Meech, 1987*

Después de la proclamación, el 17 de abril, del acto de la Constitución, en 1982, el Tribunal Supremo de Canadá declaró que Quebec no tenía ningún veto en la ley o sobre la patración de Constitución. Quebec, en consecuencia, fue limitado legalmente por el acto de la Constitución de 1982.

Sin embargo, el gobierno y la asamblea nacional de Quebec rechazaron aceptar los términos para la patriación convenida por el primer ministro y nueve primeros ministros el 5 de noviembre de 1981, y denunciaron la legitimidad política del acto de la Constitución de 1982, el cual limitó los poderes de la Asamblea Nacional sin su consentimiento.

En mayo de 1985, el gobierno del Parti Québécois publicó un proyecto de acuerdo constitucional, el cual precisó 22 condiciones para aceptar la legitimidad del acto de Constitución de 1982. Esas condiciones habrían alterado radicalmente la distribución de poderes constitucionales. No se llevó a cabo ninguna discusión intergubernamental de esta oferta.

En diciembre de 1985, el partido liberal de Quebec llegó al poder, y algunos meses después dio a conocer su deseo de buscar un acuerdo.

Quebec se convirtió en la prioridad de los primeros ministros en su conferencia anual de agosto de 1986, y todos ellos acordaron intensificar las negociaciones en noviembre de 1986. El acuerdo, en un principio, fue alcanzado en un paquete de enmiendas en el lago Meech el 30 de abril de 1987, y en un texto legal en el edificio de Langevin el 3 de junio de ese año. Los elementos dominantes del acuerdo se relacionaron con una cláusula interpretativa constitucional que respetaba la dualidad lingüística de Canadá y la sociedad distinta de Quebec; un voto constitucional para todas las provincias en ciertas materias institucionales; participación provincial en el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo, y una consolidación de los poderes provinciales sobre la inmigración.

9. Antecedentes históricos

“Canadá” es un nombre derivado del término *Kanata*, que en el primitivo lenguaje hurón-iroqués significaba “aldea” o “asentamiento”.

Las primeras noticias sobre la existencia de esta parte del mundo se remontan al siglo VI, al monje irlandés St. Brendan, pero los primeros asentamientos (ratificados por excavaciones arqueológicas) datan del siglo X, y fueron realizados por los nórdicos Bjarni Herjolsson y Leif Ericsson.

No obstante, el inicio del descubrimiento comenzó con la expedición de John Cabott (de origen italiano) en 1497, cuando pisó por primera vez lo que hoy es Terranova.

El francés Jacques Cartier, considerado como el más importante explorador de Canadá, con los tres viajes realizados entre 1534 y 1542, exploró

y colonizó en nombre del rey de Francia parte de las tierras que rodean al río San Lorenzo, adentrándose unos 1,600 kms. en el continente. Las primeras tierras colonizadas fueron llamadas Nueva Francia, que coincide aproximadamente con lo que hoy es la provincia de Quebec.

Otros nombres importantes en la exploración y colonización de Canadá fueron Baffin, Henry, Hudson, Luke Fox y Thomas James. El continuador de Jacques Cartier fue Samuel de Champlain, quien exploró los ríos Richelieu y Saguenay y la Acadia, para establecerse en 1605 en el Port-Royal Habitation. Gracias a Champlain, los franceses poseían ya el mapa de la costa atlántica, desde Cape Bretón hasta Cape Cod; asimismo habían conseguido abrir el país a lo largo de la ruta de San Lorenzo hasta el río Hudson, atravesando el lago Champlain. Los continuadores de la labor de Champlain fueron los jesuitas, quienes movidos por la evangelización de los indígenas llegaron hasta el oeste, a lo que hoy es Saul St. Marie, y por el este fundaron la Ville-Marie (Montreal). Los franceses impusieron sus leyes (Código Civil), su religión (católica) y su lengua en los nuevos territorios.

La razón que desencadenó la llegada de más colonizadores franceses fue el lucrativo comercio de las pieles, que pronto avivó a los ingleses establecidos en Nueva Inglaterra (actualmente noreste de los Estados Unidos). Así, Inglaterra se va infiltrando comercial y militarmente en el territorio descubierto por Francia, llamado Quebec (“donde la tierra se estrecha”, en lenguaje de los indios algonquines, una de las tribus pobladoras de esta zona), y en 1670 se funda la Real Compañía de la Bahía de Hudson, con un territorio prácticamente soberano en manos británicas, que abarca lo que hoy comprenden las provincias de Manitoba, Saskatchewan, Alberta y los territorios del noreste.

En 1791, el *Canada Act* dividió Quebec en dos provincias: la Alta —al oeste, lo que hoy es Ontario—, y el Bajo Canadá —al este, provincia actual de Quebec—. En 1867, la *British North America Act* unió el dominio de Canadá (constituida por Ontario y Quebec) con Nueva Escocia y Nuevo Brunswick. El *British North America Act* dio jurisdicción al gobierno federal sobre defensa y relaciones exteriores, ley criminal, moneda y banca, comercio, transporte, ciudadanía y asuntos indios. Las provincias asumieron la responsabilidad sobre educación, salud y bienestar, ley civil, recursos naturales y gobierno local. Una jurisdicción conjunta entre el gobierno federal y las provincias permaneció en áreas como la agricultura y la inmigración.

Es en este momento cuando se forma la confederación canadiense, es decir, nace Canadá, pero no como un país independiente en el estricto sentido de la palabra, ya que su Constitución permanece en Londres, y es necesario para su aprobación y alteración el consentimiento del Parlamento británico, y en último término del monarca. En 1870 Canadá compra las tierras propiedad de la Real Compañía de la Bahía de Hudson, lo que permite a Canadá extenderse hasta las montañas Rocosas y el océano ártico; Manitoba queda unida así en dicho año. La Columbia Británica se adhiere a la confederación en 1871, la Isla del Príncipe Eduardo en 1873, las provincias de Saskatchewan y Alberta en 1905. Gran Bretaña cede las islas árticas en 1880, y por último en 1949 se une la provincia de Terranova y Labrador. Así queda constituido Canadá en diez provincias y dos territorios (noreste y Yukón).

En 1982, siendo primer ministro federal Pierre Elliot Trudeau, se produce la llamada repatriación de la Constitución, que significa que tanto la alteración como la modificación de la carta magna quedaba exclusivamente en manos de los canadienses y no del Parlamento británico, pasando la figura de la reina de Inglaterra a tener un papel absolutamente simbólico, en tanto que reina de Canadá, como lo continúa siendo ahora. El Parlamento canadiense adoptó una nueva Constitución llamada “1982 Constitution Act”, basada en el *British North America Act*, la cual pasó a llamarse “1867 Constitution Act”. La nueva Constitución añadió la Carta de los Derechos y las Libertades, y el reconocimiento y afirmación de los derechos de los pueblos aborígenes, así como el mecanismo de reforma constitucional.

Los nacionalistas de Quebec no estuvieron de acuerdo con la nueva Constitución, ya que no se tuvieron en cuenta en su redacción las seculares aspiraciones de la provincia a constituirse como una sociedad distinta dentro de la federación, disparando una dinámica, que llega hasta hoy, de confrontación y recurrente apelación a una revisión constitucional, o, en el caso de alguna parte de la sociedad, a la pura y simple independencia.

Hubo una importante modificación de la Constitución en 1983 que reconoció los derechos de los aborígenes sobre sus tierras y el compromiso de su participación en las conferencias que afectaran sus derechos.

En junio de 1990 se somete a la votación de las provincias y territorios de Canadá el llamado Acuerdo del Lago Meech, que concedía a Quebec determinados derechos y se le transfería una serie de poderes que otras

provincias no tenían a su vez cedidos. Dicho acuerdo se frustró por la negativa de dos provincias a aceptarlo. En octubre de 1992, y después de largos debates, se trató de poner punto final a las reivindicaciones de Quebec mediante los Acuerdos de Charlottetown. Se celebra un referéndum en todo Canadá, y unos por demasiado federalistas y otros por demasiado nacionalistas, echan abajo la nueva posibilidad de entendimiento. El último referéndum celebrado en Quebec en 1996 se salda con un escasísimo margen favorable a los no partidarios de la independencia.³¹

IV. SISTEMA JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Todo sistema de derecho, es decir, todo sistema de derecho desarrollado en una comunidad civilizada, implica una serie de nociones y distinciones y, al lado de ellas, un gran número de conclusiones establecidas a partir de dichas nociones y distinciones, extraídas de éstas por los creadores y constructores del sistema mediante deducciones de una lógica casi inevitable.³²

Si esto lo dice uno de los grandes pensadores jurídicos británicos, como sin duda es el maestro John Austin, podemos colegir, sin forzar las cosas, que cualquier sistema jurídico reúne, si se desarrolla una colectividad con un estándar de civilización adecuada, todos los elementos necesarios para que podamos afirmar que no sólo es capaz de servir a tres postulados esenciales de la justicia en las relaciones jurídicas, es decir, la claridad, la certeza y la seguridad jurídicas, sino que está en condiciones de proporcionarnos los presupuestos requeridos para elaborar una actividad teórica, e incluso científica, a partir de tales fundamentos.

³¹ Gutiérrez-Haces, Teresa (coord.), *Canadá. Un Estado posmoderno*, México, Plaza y Valdés Editores, 2000, *passim*. Se trata de un texto que cuenta con el patrocinio de la Asociación Mexicana de Estudios Canadienses, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá. La profesora Teresa Gutiérrez-Haces es actualmente investigadora titular del Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM y fue comisionada por la misma institución para cofundar el Centro de Investigaciones sobre América del Norte (CISAN-UNAM). Es un texto revelador de las especiales características de la organización y funcionamiento de Canadá y se encuentra integrado por amplios conocedores, muy brillantes por cierto, de las políticas del gobierno canadiense del este y el oeste en todas sus facetas.

³² Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, versión del inglés y estudio preliminar por Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, colección Civitas, p. 29.

El nacimiento de los Estados Unidos de América forma parte de un triple movimiento revolucionario que se desarrolla en el siglo XVIII en uno y otro lado del Atlántico, y que tiene tres niveles diferentes.

En Inglaterra, Adam Smith acaudilla e inicia la revolución del liberalismo económico, primero con la publicación de su libro *Teoría de los sentimientos morales*, y posteriormente con su libro *La riqueza de las naciones*. Se trata de un primer movimiento revolucionario en el ámbito del pensamiento económico; la economía se va a convertir en una ciencia social de frontera que, no obstante, va a conservar algo de su trasfondo ético-mágico con la famosa mano “invisible”.

En Francia, los sones de “La Marsellesa” indican el fin del antiguo régimen y el comienzo de una nueva era, donde el hombre —estaría mejor decir el burgués— se va a convertir en protagonista principal de la historia. Se trata de un movimiento revolucionario social que ataca de raíz los males, ya inocultables y exacerbados, de la estructura social anterior.³³

En el continente americano, las antiguas colonias británicas ya han comenzado a rechazar el dominio inglés. Estrictamente hablando, se trata de una revolución de carácter nacionalista que, no obstante, termina alcanzando una relevancia universal.

Los primeros establecimientos del Reino Unido en el territorio de lo que hoy llamamos Estados Unidos de América proceden del siglo XVII y son las colonias independientes de Virginia (1607); Maryland (1632); Plymouth (1620); Massachussets (1630); Nueva York, en realidad fundada por holandeses, pero convertida en inglesa en 1664; Pennsylvania, de origen sueco, que se hace británica en 1681, y las restantes, hasta 13, que llegan a ser en 1772.

Cabría preguntarse por el derecho que regía en esas colonias inglesas, y la respuesta necesitaría de algunas matizaciones. René David³⁴ afirma que Londres hubiera señalado que, de acuerdo con el principio del caso Calvino, resuelto nada menos que en 1608, la respuesta vendría a ser la siguiente: el *Common Law* de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la Corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas, entendiéndose que las

³³ Burke, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, *passim*.

³⁴ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 310 y ss.

colonias inglesas de América (en aquel tiempo) quedarían incluidas en este supuesto.

Por estas razones, el *Common Law* ha sido recibido en América, y con él los *statues*, las leyes que, anteriormente a la colonización de América, podrían haberlo completado o modificado, tomándose como la fecha de inicio de tal situación en las colonias americanas 1607, año del establecimiento de la colonia independiente de Virginia, según la muy discutible opinión de Kent,³⁵ ya que antes de 1776 no había existido ningún vínculo entre las diversas colonias.

Sin embargo, el principio del caso *Calvino* tenía insita una limitación: el *Common Law* británico sólo resultaba de factible aplicación en las colonias “en la medida en que sus normas se adaptan a las condiciones de vida existentes en dichas colonias”. El resultado inmediato fue que, en el transcurso del siglo XVII, la limitación cobró mucha más importancia que el propio principio, y la razón era obvia: las normas del *Common Law* inglés se adaptaban escasamente a las condiciones de vida de los colonos.

Ya, desde ese instante, se iba produciendo una separación entre la estricta legalidad británica y la necesidad social de los colonos estadounidenses. Los problemas a los que se enfrentaban los americanos eran problemas nuevos, para los que no había solución satisfactoria en el *Common Law*. Por otra parte, éste no era muy del agrado de los colonos, y con toda la razón, ya que no veían en él una garantía de libertades personales como lo hacían los juristas británicos; además, en América, y según la autorizada opinión de Roscoe Pound, existía un desconocimiento del *Common Law*, razón por la cual la ignorancia era un factor fundamental en la formación del derecho americano.³⁶

Dejando de lado las disposiciones específicas emanadas de las autoridades locales, lo que se tiene en la práctica es un derecho considerablemente primitivo, fundamentado en muchas colonias sobre la Biblia y sometido en todas partes a la discrecionalidad de los magistrados. De ahí que en Massachusetts desde 1634 hasta Pennsylvania en 1682, se tienda hacia una “codificación” que no se parece en nada a lo que nosotros entendemos como técnica codificadora.

³⁵ Cfr. *ibidem*, p. 310.

³⁶ *Ibidem*, p. 311.

El principal interés de esa “codificación” no está constituido por su contenido, sino más bien por la idea inspiradora de la misma; los colonos americanos —en el siglo XVII— aceptan en buen grado la “codificación”, más que nada por contraposición a los ingleses que, por esa época, veían un peligro en ella y, en general, en la ley, para la arbitrariedad de los juzgadores, así como una verdadera amenaza para sus libertades. El fondo político subyacente es claro: desde el principio hay una clara divergencia entre los puntos de vista americano e inglés, y una marcada inclinación estadounidense hacia formas distintas de las seguidas por los juristas ingleses.

Todo esto va a cambiar en el siglo XVIII³⁷ con el desarrollo económico y la transformación consecuente de las colonias, que sienten la necesidad de un derecho más evolucionado. Sin embargo, el realismo que forma parte del genio del pueblo americano les inclinó a considerar el *Common Law* de una forma distinta a como lo hacían los ingleses, ya que entendieron que constituía un valladar de las libertades públicas frente al absolutismo monárquico, por un lado, y una defensa cultural de todo lo inglés en América, frente al peligro francófono de Louisiana y del Canadá francés, por el otro. De algún modo, el *realismo estadounidense* posterior mostraba su concepción jurídica.³⁸

La tensión dialéctica en el enfrentamiento entre los defensores del *Common Law* y los de la codificación era fuerte; no obstante, hasta mediados del siglo XIX no se podía saber cuál sería el resultado de tal lucha, sin embargo, la nueva y pujante nación terminó por integrarse en el sistema de *Common Law*, con la única excepción de Louisiana. En todas partes terminó por imponerse la preeminencia de las concepciones imperantes en las antiguas colonias, y éstas se encuentran vinculadas, en lo fundamental, al *Common Law*, por lo menos en la forma con que se recibió en América en la época de la independencia.

El conflicto no fue estéril, pues sirvió para proporcionar al *Common Law* de los Estados Unidos rasgos muy característicos diferentes de los de Gran Bretaña.

El derecho estadounidense, dentro del sistema del *Common Law*, acusa perfiles propios de una originalidad innegable; estas singularidades

³⁷ *Idem.*

³⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del derecho*, México, Trillas, 1990, p. 52.

detectan ciertas connotaciones de la familia del derecho continental europeo, o romano-germánico, como derivado de su trayectoria histórica.

Aun perteneciendo, como pertenece, a la familia del *Common Law*, el derecho americano se ha separado del derecho inglés en muchos puntos, y en términos generales puede decirse que estamos ante un sistema jurídico distinto, como acertadamente señala Pound,³⁹ fundamentalmente por la imposibilidad práctica de aplicar el derecho inglés en América. Las dos naciones, que se han transmitido de una a otra la preponderancia imperial, perteneciente a los ingleses en el siglo XIX y a los americanos en el siglo XX, son distintas.

La gran nación europea es una isla integrada en el continente, pero separada de él por muchas cosas. Los Estados Unidos son una enorme nación que abarca buena parte del continente americano en el norte del mismo. Los Estados Unidos constituyen un crisol de muchas culturas y tienen plena conciencia de la originalidad nacional, resultante de la fusión de las mismas. Inglaterra es devota de su tradición monárquica, parlamentaria y sin Constitución escrita. Los Estados Unidos son una República presidencialista, con un federalismo de carácter constitucional y con una norma fundamental, cúpula de la pirámide y base, a la vez, de todo su sistema jurídico.

La Gran Bretaña, íntimamente ligada a las naciones integrantes de la *Commonwealth*, es —y siempre lo ha sido— una nación unitaria, cuya administración de justicia se encuentra frecuentemente centralizada. Los Estados Unidos, que tienen una indiscutible tendencia a proyectarse más hacia su universo interno, constituyen un Estado federal, con un delicado equilibrio de intereses nacionales y singularidades estatales, situación que se refleja en su administración de justicia.⁴⁰

Sin embargo, estas diferencias jurídico-legal-administrativas son menos profundas, aun siéndolo, que las diversidades de estructuras económicas, la caracterización poblacional de cada nación, su complejidad étnica, su credo religioso, su estilo de vida y, en definitiva, sus aspiraciones, sus anhelos y sus sentimientos. El modo americano de vida no se acomoda ni a la realidad ni al ideal de los ingleses. La educación americana es muy distinta de la educación inglesa. El idioma que se habla en

³⁹ Pound, Roscoe, “The Deviation of American Law from English Law”, *Law Quarterly Review*, 67, 1951, pp. 46 y ss.

⁴⁰ Barton, John H., *Law in Radically Different Cultures*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1983, *passim*.

los Estados Unidos también es muy diferente al de los ingleses, hasta tal punto que se dice que los Estados Unidos e Inglaterra son dos países hermanos separados por su lengua.

Lógicamente, todo esto tiene sus reflejos en sus respectivos sistemas jurídicos. El derecho americano ha sufrido su evolución bajo el influjo de circunstancias propias y de factores plenamente autóctonos; el derecho inglés, por su parte, se ha movido en una órbita completamente distinta. La inferencia de lo anterior es que la solución de los problemas y la normación jurídica sean diversas en las dos naciones, en cuanto a la sustancialidad.

Pero la diferenciación no sólo afecta a las normas jurídicas de ambos derechos, sino que los propios conceptos jurídicos esenciales se han separado tanto del derecho americano como del derecho inglés, y tienen una estructura no homologable. La actitud americana hacia el derecho no es la misma que la actitud inglesa; la formación y la estructura profesionales de los juristas americanos difiere de la de los ingleses, inclusive la teoría y la práctica de las fuentes del derecho acusan una considerable separación.

Pese a todo ello, hay un lazo común que une a los dos derechos, que procede de la amplia base cultural conjunta, y que tiene como resultado que los propios estadounidenses se conciban, jurídicamente hablando, como parte integrante del sistema jurídico del *Common Law*, aunque no hay que exagerar esta circunstancia homogeneizante, pues las respectivas realidades nacionales, como ya hemos destacado, siguen pesando mucho. Un jurista americano puede moverse con cierta facilidad en el ámbito jurídico inglés, pero un jurista inglés encontrará muchas más dificultades para introducirse en el contexto jurídico americano.⁴¹

1. Ubicación del Common Law en el universo jurídico

En una apretada síntesis podemos señalar la existencia de cinco grandes sistemas, familias o formaciones jurídicas: en primer lugar, el sistema continental europeo, sistema romanista o de formación romano-germánica; en segundo lugar, el sistema socialista, que viene a ser una derivación ideológica del anterior, actualmente de una vigencia reducidísima en Europa tras la desaparición de la Unión de Repúlicas Socialistas Soviéticas (URSS) y los demás países integrantes de su bloque político, ya rein-

⁴¹ David, René, *op. cit.*, nota 34, p. 316.

tegrados a la familia continental europea; en tercer lugar, el sistema del *Common Law*, con el Reino Unido y los Estados Unidos a la cabeza y los otros componentes de la Comunidad Británica (*Commonwealth*); en cuarto lugar, el sistema islámico, cuyo basamento cultural se encuentra en el *Corán*, libro sagrado de los seguidores religiosos del profeta Mahoma, con un mensaje teológico sustancialmente distinto de las creencias de raíz judeo-cristiana; y en quinto lugar los derechos del sistema que —convencionalmente— podemos denominar asiático-africano, cuyas similitudes son mayores que sus semejanzas.⁴²

El sistema jurídico del *Common Law* es conveniente enfocarlo desde una perspectiva histórica para su mejor entendimiento y comprensión. La razón es que, en el origen de esta familia jurídica, es decir, en el derecho inglés, se dan ciertas circunstancias de este carácter histórico que facilitan el conocimiento y la valoración del mismo.

El derecho inglés, claramente ubicado en la tradición del derecho consuetudinario, tiene su fecha paradigmática de inicio en 1066, cuando se lleva a cabo la conquista normanda de Inglaterra. Por otra parte, el derecho inglés no fue renovado por el derecho romano ni por la codificación, sucesos singularizadores, en términos generales, de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema continental europeo o romano-germánico.

Pero tampoco resulta adecuado exagerar este “*historicismo*” del derecho inglés, aunque sean los propios británicos los que con su apego a las tradiciones nacionales proporcionen una nota de “emotividad” al derecho que *ab initio* le aparte del racionalismo y del logicismo característicos de los sistemas derivados del derecho romano. Probablemente sería equivocado atribuir a tal situación un matiz valorativo o, peor aún, peyorativo para la formación jurídica inglesa y sus parientes, aunque conviene no olvidarlo.

Tiene plena razón René David⁴³ cuando afirma que en las naciones del continente europeo, las jurisdicciones tradicionales han conocido de litigios de todas clases, aunque —en forma gradual— se hayan visto sometidas al poder real en aumento, lo que ha ocasionado grandes modificaciones tanto en su estructura como en su funcionamiento. En consecuencia, desde su propio origen, su competencia no ha sido limitada a

⁴² Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1957, *passim*.

⁴³ David, René, *op. cit.*, nota 34, pp. 253 y ss.

ciertos asuntos con un procedimiento peculiar para cada uno. Liberadas de esa traba, han podido modernizar sus respectivos procedimientos, tomando como guía orientadora el método instrumental escrito del derecho canónico. Las facultades generales de conocimiento facilitaron la sistematización de la problemática jurídica, siguiendo —en este aspecto— al modelo romano.

En cambio, el derecho inglés ha sido necesario elaborarlo a partir del reconocimiento de la prioridad del procedimiento sobre las normas sustantivas. La relación entre el derecho sustantivo y el procedimiento se encuentra expresada en el apotegma jurídico británico: *Remedies precede rights*. Tomando como base ciertas formas procedimentales se hizo necesario organizar y desarrollar el derecho inglés, precisamente dentro del contexto proporcionado por dichas formas.

Las circunstancias en que se ha desarrollado la formación del *Common Law* tienen un gran interés y no sólo desde la visión histórica. Hay cuatro factores que han marcado su influencia decisiva sobre la formación del derecho inglés y que aún hoy la continúan ejerciendo:

1) Los juristas ingleses han concentrado su dedicación en el procedimiento. Hasta el siglo XIX lo determinante en Inglaterra no era establecer la solución de un litigio sobre consideraciones sustantivas. La justicia podía obtenerse exclusivamente de jurisdicciones que —en teoría— pertenecían a las jurisdicciones de excepción. Para los implicados lo esencial estaba en encontrar la fórmula con qué instrumentar la acción, el *writ* (breve), mediante el cual podía acudir a dichas jurisdicciones; lo definitivo era convencer a las jurisdicciones reales sobre la posibilidad legal de ampliar algo más su competencia y de conocer del caso, ponderando los precedentes y las circunstancias invocadas por el demandante del asunto en cuestión. Se necesitaba superar una considerable cantidad de argucias, muy técnicas, para llevar a buen fin el procedimiento.

¿Y cuál era la finalidad de este enrevesado procedimiento? Había un solo objetivo: formular una cuestión de hecho que resolvería un jurado. En tales condiciones, un litigante hábil conseguiría alargar el procedimiento durante mucho tiempo, aunque la parte actora alegase argumentos de justicia de fondo que inclusive resultaran del agrado de los tribunales reales, pues esa simpatía carecía de toda eficacia.⁴⁴

⁴⁴ Maitland, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, 2a. ed., Londres, Selden Society, 1948, pp. 2 y ss.

Los juzgadores se avocaban más a la orientación del procedimiento, hacia su desenlace, que a decir, a declarar el derecho, como ocurriría con los nuestros. Sometido el asunto a un jurado, el tribunal remitía su interés por el mismo, salvo para dictar su fallo final sobre el veredicto del jurado. Pronunciando el fallo, adquiriría firmeza y no podría ser recurrido ni siquiera por fraude, de ahí que Maine concibiera al derecho inglés como un producto “segregado por los intersticios del procedimiento”.⁴⁵

2) El derecho inglés ha establecido gran cantidad de categorías y ha elaborado numerosos conceptos, proporcionando a su formación jurídica un carácter de considerable artificialidad, cosa que queda reflejada especialmente en lo relativo al derecho contractual. Así, en el siglo XIII, los contratos pertenecían a la competencia de diversas jurisdicciones, eclesiásticas, municipales o comerciales, de tal forma que los tribunales reales no conocían de cuestiones contractuales, salvo en los supuestos en que dichos asuntos fluctuaran entre materias de propiedad y de contratos, propiamente dichos.

En realidad, lo que ocurría era que —en principio— los acuerdos privados quedaban fuera de la protección de la jurisdicción real. No existía ningún *writ* (breve) ni tampoco ningún procedimiento de naturaleza contractual mediante el cual se pudiera acudir a los tribunales reales. Para solucionar el problema se recurriría a un tipo de acción, la de *trespass* (infracción o incumplimiento).

Writ de trespass se refería a la proposición para sancionar conductas delictivas (ataques contra las personas, las tierras o el patrimonio de los afectados), esforzándose los litigantes en convencer al tribunal real de que, en ciertos casos de incumplimiento de compromisos asumidos previamente, se justificaría darles un tratamiento idéntico a otros considerados bajo la rúbrica del *trespass*. Pero se tardaron muchos años⁴⁶ y se necesitaron muchos esfuerzos para que la acción de *assumpsit* (reclamación judicial), dimanante de la acción de *trespass on the case*, se liberara de los requisitos inherentes a su origen penal, tales como intransmisibilidad de la acción, necesidad de acreditar el suceso y determinación clara y precisa del perjuicio derivado del incumplimiento.

⁴⁵ Cfr. David, René, *op. cit.*, nota 34; Sir Henry S. Maine, *Early Law and Custom*, 1861, p. 389.

⁴⁶ Maitland, F. W., *op. cit.*, nota 44, pp. 2 y ss.

3) Hace ya tiempo, más de un siglo, que desaparecieron del derecho inglés las formas de acción; sin embargo, todas las normas y las categorías del derecho británico están marcadas, frecuentemente, por los obstáculos procedimentales, que han impedido un desarrollo lógico y racional de muchas instituciones, por lo que Maitland está en lo cierto al afirmar que, aunque abolidas, las formas de acción siguen produciendo sus efectos.⁴⁷

La consecuencia, en lo que concierne a este apartado de ubicación en el universo jurídico del *Common Law*, es la progresiva desaparición de los tribunales avocados al conocimiento de los litigios de derecho privado, y con ellos quedaba afectada la propia idea de éste, haciéndose totalmente predominante el matiz público del derecho inglés, lógicamente derivado de la técnica propia del *writ* mediante el cual se incoaba la acción ante un tribunal real. De esta manera, todos los litigios sometidos a los tribunales reales ingleses se presentan, así, como litigios que —en alguna medida— son de derecho público, ya que el proceso inglés es un proceso de derecho público.

4) Todo lo anterior tuvo como resultado que, en el derecho inglés, no se produjera la recepción del derecho romano, al menos no en la forma en que se hizo en el resto del denominado sistema continental europeo, ya que la limitada competencia inicial de los tribunales reales, la necesidad de una justificación de cualquier ampliación de dicha competencia para encajar un nuevo asunto en los cuadros procesales preexistentes, constituyeron un considerable cuadro obstáculo para la recepción de las nociónes, instituciones, conceptos y categorías románicas.

Ante esta tesisura, los tribunales reales elaboraron un derecho novedoso, común para toda Inglaterra, y que es el *Common Law*. Esta formación jurídica se integra con muchos elementos de las diversas costumbres locales de Inglaterra y realiza una obra de síntesis o de selección, aunque también utiliza muchos elementos del derecho romano, pero vertidos, fusionados y prácticamente deformados en los cauces de los procedimientos ante los tribunales.

Surge la rivalidad con la *equity*, ya que la competencia restrictiva de las jurisdicciones reales fue factible mientras existieron junto a las jurisdicciones del *Common Law* otras jurisdicciones capacitadas para intervenir, cuando el *Common Law* no podía proporcionar el remedio adecuado.

⁴⁷ *Idem.*

Es una situación parecida a la que se produjo en Roma, en que el derecho civil antiguo de la época clásica se vio sustituido por el derecho pretorio. La decadencia y desaparición de esas otras jurisdicciones hicieron surgir la necesidad de encontrar nuevos complementos o correctivos a las limitaciones propias del *Common Law*.⁴⁸

Ante situaciones de injusticia que demandaban solución, las personas afectadas pensaron en obtenerla a través de un recurso directo ante el rey, ya que las jurisdicciones reales no habían sido capaces de hacerla en el caso concreto; la pregunta era obvia: ¿no podría el rey remediar el mal funcionamiento de sus tribunales? En la Edad Media esto llegó a ser algo natural y los tribunales reales no se sintieron menoscambiados por tal cosa, puesto que su propia existencia se debía a la puesta en juego de ese mismo principio, es decir, el de la apelación ante el rey en casos excepcionales para obtener justicia.

En esos supuestos el recurso pasaba normalmente por el canciller, y dado que éste era el confesor del rey, orientado —por tanto— por su conciencia, se lo pasaba al monarca cuando lo estimaba oportuno, el cual resolvía en Consejo. La práctica se convirtió en rutina, y el canciller terminó resolviendo estos asuntos, con autoridad delegada, en nombre del rey y del Consejo. Sus resoluciones, fundamentadas al inicio con base en “la equidad del caso particular”, se fueron sistematizando, implantando sus aplicaciones en consideración a doctrinas de “equidad”, que constituyeron auténticos complementos o correctivos a los principios “jurídicos” de los tribunales reales. En estas condiciones, el canciller se vio en la necesidad de examinar las súplicas, con criterio de juzgador, y de arbitrar un procedimiento escrito inspirado en el derecho canónico, diferente por completo en sus principios del seguido por los tribunales del *Common Law*.⁴⁹

Pero no son sólo los principios procedimentales los que varían en la tramitación por el canciller, sino también los de fondo que, en una medida considerable, derivan del derecho romano y del derecho canónico, cuya recepción no es obstaculizada en este supuesto concreto por el procedimiento, sino más bien facilitada por él. Y es que el Renacimiento con su avasalladora carga de humanismo, de justicia basada en el interés so-

⁴⁸ Buckland, W. S., *Roman Law and Common Law: a Comparison in Outline*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1962, *passim*.

⁴⁹ *Idem*.

cial y de buena administración, se impuso en la esencia de lo que pudiéramos llamar la “jurisdicción de canciller”.⁵⁰

A todo lo anterior cabe unir razones políticas. El derecho romano y el derecho canónico (fundamento con frecuencia de las resoluciones del canciller) resultaban más agradables a los monarcas que el *Common Law* y su consecuencia automática de la intervención de un jurado. El mismo procedimiento escrito y de carácter inquisitorio del canciller congeniaba más con unos soberanos muy celosos de su autoridad que los procedimientos orales y públicos del *Common Law*. A ello había que añadir que se consideró más fácil elaborar un sistema jurídico completamente nuevo y una administración de justicia renovada, que efectuar en el *Common Law* todas las reformas necesarias para adaptarse a la época.

De esta forma, durante el siglo XVI el derecho inglés estuvo a punto de incorporarse al sistema jurídico continental europeo, en vista del auge de la jurisdicción de equidad del canciller y del correlativo desplazamiento del *Common Law*.

Las especiales características de la sociedad británica y de su evolución requirieron y consiguieron un compromiso entre ambas tendencias jurisdiccionales. Los juristas británicos se alzaron en defensa de su sistema, y además los tribunales del *Common Law* contaron con la alianza del Parlamento, muy reacio frente a cualquier realismo autoritario. Por otra parte, la jurisdicción del canciller tenía una estructura muy defectuosa, era lenta y en ocasiones venal, lo que dio razones a sus enemigos. La incorporación del derecho inglés al sistema continental europeo quedó frustrada, el siglo XVII no resultó propicio a tales efectos.

De ahí, el derecho inglés acabó de perfilarse con una estructura dual; junto a la normación del *Common Law* se encontraban las normas de la *equity*, que pretendían complementar a la primera.⁵¹ En realidad, hoy en día la *equity* es concebida por los juristas británicos como un conjunto de normas que sirvieron para corregir el derecho inglés histórico y que ya se encuentran incorporadas al derecho vigente. Ya no existen las razones que, en otra época, justificaron la intervención del canciller; si el derecho inglés necesita ser reformado o retocado, para eso está el Parlamento.

⁵⁰ Winfield, P. H., *Chief Sources of English Legal History*, Londres, University Press, 1925, pp. 60 y ss.

⁵¹ Conviene puntualizar que la palabra *equidad*, en la actualidad, no se traduce en inglés por *equity*, sino más bien como *natural justice*.

La propia seguridad, la certeza y la claridad de las relaciones jurídicas quedarían en entredicho y la supremacía del derecho cuestionada si, con base en la equidad, los jueces pudieran dudar de la validez de las normas establecidas, cosa que los magistrados británicos rechazaron.

Los siglos XIX y XX han supuesto un cambio fundamental en el derecho inglés; el triunfo definitivo de la democracia y la poderosa influencia de Bentham, junto con un enorme desarrollo de la legislación, marcaron definitivamente esta época.⁵²

En el siglo XIX se avanzó en la reforma y la modernización, hubo transformaciones radicales en el procedimiento durante 1832-1833 y 1852. La preponderancia de los cuadros procesales cimentados por las diversas formas de acciones entraba en su ocaso, la traba procedural se aflojaba y los juristas británicos pudieron, desde ese momento, preocuparse más por el derecho sustantivo (siguiendo en esto a la corriente europea continental), que se erige en centro de reagrupación sistematizada de las soluciones del *Common Law*.

Paralelamente se produce una profunda renovación de la organización judicial (1873-1875), que hace desaparecer la distinción formal entre los tribunales del *Common Law* y el tribunal de la *equity* del canciller. Todas las jurisdicciones tienen competencia para la aplicación tanto del *Common Law* como de la *equity*, desapareciendo el ejercicio de la acción ante un tribunal del *Common Law* para remedios del *Common Law*, y el ejercicio de la acción ante un tribunal del canciller para un remedio de *equity*.

El propio derecho sustantivo también ha recibido el impacto transformador en muchos aspectos, y sobre todo en la sistematización de las normas, aunque no hay ninguna codificación parecida a las europeas; la evolución del derecho inglés ha sido confiada a los tribunales en forma principal, aunque el legislador marque directrices y posibilidades, pero sin pasar a la creación, por sí mismo, de un derecho nuevo.

Los acontecimientos de la primera y de la segunda guerras mundiales, la necesidad de más grandes transformaciones en la sociedad inglesa, derivadas de ellas, dieron lugar a un nuevo equilibrio de fuerzas entre el Poder Legislativo (Parlamento) y el Poder Ejecutivo (gobierno y administración), que junto con la existencia de un número de reglamentos y otros actos administrativos, inspirados en un espíritu muy diverso del

⁵² Hollond, H. A., “Jeremy Bentham”, *Cambridge Law Journal*, 10, 1948, pp. 3-32.

tradicional *Common Law*, invirtieron los planteamientos tradicionales y suscitaron una multitud de nuevos problemas, que de alguna manera han aproximado las posibles soluciones al estilo romanista continental, sin que por ello se pierda la fortísima personalidad del derecho inglés. El tema, siendo apasionante, excede los límites de este trabajo y de este apartado, que responde a la necesidad de ubicar el *Common Law* en el universo jurídico, propósito que estimamos considerablemente conseguido.

2. *Referencias a las estructuras y funcionamiento del Common Law americano*

Resulta obvio, pero necesario, afirmar que el derecho de los Estados Unidos de América pertenece a lo que podemos denominar derecho angloamericano, o derecho perteneciente a ingleses y americanos, denominación mucho más adecuada que la del derecho anglosajón, ya que la expresión anglosajona señala: “al individuo procedente de los pueblos germanos que en el siglo V invadieron a Inglaterra”.⁵³ Sin embargo, en relación con el ámbito legislativo del derecho, los Estados Unidos se separan de la matriz, ya que no se adoptó el sistema reglamentario, sino que predominó la supremacía constitucional, es decir, la existencia de una Constitución escrita que se encuentra en la cúspide de la pirámide, por encima de todas las demás leyes secundarias tanto federales como estatales.⁵⁴

Los Estados Unidos constituyen un sistema de derecho jurisprudencial, emparentado con el inglés en cuanto a sus orígenes, pero apartado de él en muchos aspectos. Las normas legislativas son vistas por los juristas americanos con recelo, quienes no las consideran como el tipo usual de norma jurídica. Hasta tal punto que esas reglas jurídicas legislativas sólo son asimiladas por su sistema jurídico cuando, habiendo sido interpretadas y aplicadas por los tribunales, se hace factible no la remisión concreta a las mismas, sino a las resoluciones judiciales que las han aplicado. Cuando no hay precedente, el jurista americano dirá: “*There is no law on the point*” (no existe norma jurídica en el caso), y procederá a “crear” la norma aplicable.

⁵³ *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. ed., Madrid, Real Academia Española, 1970, p. 88.

⁵⁴ Berman, Harold J., *Diversos aspectos del derecho en los Estados Unidos*, México, Letras, 1965, *passim*.

El fundamento constitucionalista del derecho de los Estados Unidos le proporciona su mayor singularidad respecto de los demás derechos del sistema del *Common Law*, y muy concretamente el derecho inglés. Como se ha señalado en el apartado I de este trabajo, el derecho inglés recibido en América es el derecho vigente en Inglaterra durante la época del dominio británico en América y hasta la Independencia en 1776.

Pero hasta las instituciones del derecho inglés que el derecho de los Estados Unidos adoptó fueron modificándose y adaptándose fundamentalmente por dos factores:

- a) Por una parte, la presión de la nueva realidad producto de una gran industrialización que cambió toda la estructura social estadounidense (en especial, por la influencia que las exigencias de los trabajadores ejercieron sobre los jueces, quienes fueron cambiando sus criterios), y
- b) Por otra parte, las nuevas direcciones filosófico-jurídicas, entre ellas la llamada jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico.

La expresión *Common Law* en su traducción literal significa derecho común, aunque no hay que confundirla con el contenido que se le da en los países del sistema continental europeo y, desde luego, en Latinoamérica y México.

En el léxico jurídico estadounidense, y en general angloamericano, el *Common Law* difiere del *civil law*, que tiene dos contenidos distintos. Designa la rama civil del derecho americano, y es la expresión que, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, es utilizada para señalar a todo sistema jurídico legal de origen romano. En otras palabras, el *Common Law* viene a designar no sólo el derecho angloamericano de todos los países de la Comunidad Británica de Naciones, sino también al moderno derecho aplicado tanto por los tribunales de Inglaterra como de Estados Unidos.

En los Estados Unidos, el sistema del *Common Law* o jurisdicción en materia del *Common Law* y la jurisdicción en materia de *equity* se mantienen separados únicamente en siete estados, en los que funcionan separadamente tribunales de derecho y de equidad, con procedimientos distintos. En la Suprema Corte de Justicia y demás tribunales de la federación, así como en los de otros once estados, ambos cuerpos jurisprudenciales son igualmente aplicados, nada más que con procedimientos distintos, y en

las restantes treinta entidades federativas y territorios pertenecientes a la gran nación norteña, la fusión de los dos sistemas ha operado totalmente, ejerciendo los tribunales jurisdicción concurrente tanto en “derecho” como en “equidad”, de acuerdo con códigos o leyes procesales que han hecho desaparecer toda distinción en las formas de los juicios y estableciendo un sistema uniforme de procedimientos para ambas ramas del derecho americano.⁵⁵

La aplicación de las leyes está subordinada a lo que los tribunales entienden como precedente *stare decisis*, u obligación de respetar los precedentes judiciales. El derecho es elaborado por los tribunales de justicia *judge-made law* y las sentencias desempeñan una función primordial. El *Common Law*, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, ha sido creado por los jueces al dirimir los litigios entre particulares; se trata, pues, de un derecho jurisprudencial. El derecho es concebido desde la perspectiva de especies concretas y de decisiones judiciales que éstas provocan.

El derecho de los Estados Unidos es un derecho jurisprudencial, con independencia de las facultades legislativas, de manera que el derecho sustantivo está integrado por un cuerpo de derecho no escrito que se halla en las normas jurídicas establecidas por los tribunales de justicia y en los principios dimanantes de dichas normas jurisprudenciales.

El *common lawyer* piensa que la unidad del *Common Law* viene dada en función de “la propia razón descubierta por la prudencia de los jueces”. En realidad, históricamente hablando, el *Common Law* ha sido descubierto por los tribunales de justicia y se identifica —por su contenido— con las normas que esos mismos tribunales han formulado.

La complejidad de la división, material y objetiva, de los Estados Unidos es un obstáculo para la fluidez del *Common Law*. Así, tomando como base un caso penal, ¿qué ocurrirá, en cuanto a la jurisdicción aplicable, en el supuesto de que el autor de un daño y la víctima del mismo pertenezcan a dos estados distintos, partiendo de la hipótesis de que, en materia de responsabilidad delictual, el Congreso no pueda promulgar leyes?

Las peculiares características del sistema jurídico americano nos proporcionan una solución que, para la mentalidad de un jurista del sistema continental europeo, es bastante original.⁵⁶

⁵⁵ Dernbach, John C. et al., *A Practical Guide to Legal Writing and Legal Method*, Littleton, Colorado, Fred B. Rothman & Co., 1981, *passim*.

⁵⁶ *Idem*.

1) Doctrina del caso *Swift vs. Tyson* (1842). Se adoptó la resolución de que ante hechos de esa naturaleza, las jurisdicciones federales podían y debían ceñirse al *Common Law* general y no al *Common Law* de un estado específico. La solución dio lugar a un amplio debate, ya que la admisión del concepto de un *Common Law* federal atacaba el espíritu de la Constitución, teniendo en cuenta que reconocía a las autoridades federales jurisdicción en asuntos constitucionales reservados a los estados.

2) Doctrina del caso *Erie Railroad Company (ERR Co.) vs. Tompkins* (1938). Se estableció que el concepto del *Common Law* federal no era admisible. Tompkins resultó lesionado durante la noche, en una vía de tren en el estado de Pennsylvania, al pasar un tren que le golpeó con una puerta abierta.

El tren pertenecía a ERR Co., inscrito en el registro del estado de Nueva York. Tompkins ejercitó una acción, en reclamación de daños y perjuicios, ante el Tribunal Federal del distrito sur de dicho estado, ya que, según la jurisprudencia de Pennsylvania, Tompkins no tenía derecho a indemnización alguna por transitar por un camino de terracería de una compañía ferroviaria privada. Dado que en Nueva York no había ley especial, Tompkins sostuvo que faltando una ley escrita para el caso concreto debía aplicarse el *general law* de los Estados Unidos.

El juez de distrito, así como la Court of Appeals, admitieron la consideración alegada. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos remitió el litigio al Circuit Court of Appeals, para que ésta resolviera el asunto de acuerdo con el *Common Law* de Pennsylvania; dicha Corte declaró que “excepto en las materias reguladas por la Constitución federal o por las leyes del Congreso, el derecho aplicable en todos los casos es el derecho de un estado en particular, ya que no existe un *Common Law* federal (la decisión se plasmó en la siguiente máxima: “*There is no federal general Common Law*”).⁵⁷

La resolución no lleva a las consecuencias que los abogados del sistema continental europeo supondrían; se limitó a rechazar una concreta forma de interpretar la unidad del derecho americano, fomentadora de ciertos abusos. Hay, por consiguiente, un *Common Law* en cada uno de los diver-

⁵⁷ Lindner López, Hedwig, *La seguridad jurídica en el sistema norteamericano*, tesis de posgrado, México, Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, 1992, pp. 10 y ss.

sos estados de la unión americana, sin que estos “derechos comunes” difieran total y absolutamente.

El funcionamiento es un poco más complejo. Si, por ejemplo, en un *Common Law* estatal no existe precedente judicial para un supuesto concreto, el jurista americano tiene en consideración lo que se haya establecido al respecto en otros estados, que enseñan sobre la solución que debe darse al caso, a no ser que existan circunstancias muy particulares que requieran un tratamiento diferente.

Podríamos, a manera de resumen, señalar que en los Estados Unidos no hay un *Common Law* federal, pero debe indicarse que los cincuenta *Common Law* relativos a los respectivos estados, por muy grande que sea la diferencia teóricamente existente, deben ser considerados como uniformes u homogéneos. Dicho de otra forma, la aproximación de los derechos de los cincuenta estados sería el fundamento de la unificación del derecho americano. En consecuencia, sólo habrá “derecho común federal” en aquellas materias que correspondan a la competencia desleal, la propiedad industrial, las patentes, la propiedad intelectual, etcétera.

¿Cabe aplicar el *Common Law* de un estado a otro? Hay una obligación de los jueces de conocer el *Common Law* de los demás estados, pero no así de las leyes de los otros estados; ellos sólo tienen obligación de conocer las leyes estatales propias y las leyes federales. No obstante, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que una parte solicitante debe probar, ante el juez competente, la existencia y el contenido de dicha ley, puesto que el juez no puede aplicarla “de oficio”.

Los juristas americanos sólo consideran como norma jurídica *stricto sensu* la norma jurisprudencial establecida en el plano concreto de una decisión jurisdiccional e idónea en relación con el caso específico. La consecuencia de lo anterior es que, en los países adscritos al sistema jurídico del *Common Law* en general y muy particularmente del *Common Law* americano, los juristas alcanzan su mayor nivel de prestigio social y profesional en el ejercicio de la judicatura, y en tono menor en las otras actividades jurídicas, aunque muchos de sus jueces han destacado previamente a su designación en el foro, y posteriormente de su designación, en la tarea científica y académica de la cátedra.

El *Common Law* ha sido, y aún continúa siendo, en buena medida, un derecho elaborado por los tribunales de justicia, *judge made law*. De ahí que las sentencias de los tribunales tengan un papel protagónico. El *Common Law* es, por decirlo de alguna manera, la costumbre transfor-

mada en ley por la actividad de los jueces de derecho y de equidad. Aunque hay que señalar que hemos de entender el término ley en sentido anglosajón o angloamericano.⁵⁸

En el idioma inglés, el término *law* en ocasiones significa ley, en sentido estricto, y otras veces, en sentido lato, se refiere no únicamente al acto legislativo sino a los principios generales, a la doctrina y a la jurisprudencia.⁵⁹

La palabra *right*, que se traduce literalmente como *derecho*, ataña exclusivamente a los derechos subjetivos de las personas, pero no tiene la significación de aludir al contenido completo de todo un sistema jurídico, como ocurre en los países del sistema continental europeo. Los angloamericanos utilizan la expresión *statute* o *act* para referirse a determinadas leyes expedidas por el Congreso o por las legislaturas estatales. En otras palabras, viene a señalar la parte legislativa del derecho angloamericano para diferenciarla de la jurisprudencia o ley de los precedentes y decisiones judiciales, que singularmente quedan comprendidas dentro de la nomenclatura de *Common Law stricto sensu*.

Ocurre que, en el *Common Law*, el elemento legislativo ha proyectado su importancia hacia la organización política y no tanto a la integración del sistema jurídico. En los Estados Unidos la legislación no ha ido por delante del derecho común, sino al revés. Se considera que la ley suministra solamente una regla para los casos que caen dentro de las hipótesis previstas, eso y únicamente eso, de tal manera que no resulta ni adecuado ni lícito tomar la ley como base para un razonamiento analógico.

Los preceptos contenidos en las leyes son considerados como regulaciones de excepción, como zonas que, por mandato expreso del legislador, quedan excluidas del imperio del *Common Law* y son regidas por las reglas que el propio legislador ha establecido. Dicho con mayor claridad: la regla general es la aplicación del *Common Law*, la excepción es la aplicación de la ley a aquellos sectores concretos y poco numerosos, en referencia a los cuales el legislador ha establecido leyes determinadas.

Las consecuencias de lo anterior son fácilmente deducibles. Por un lado, se entiende que la interpretación que los tribunales han de proporcionar a las leyes es o debe ser siempre de carácter restrictivo, no puede ex-

⁵⁸ Eder, Phanor J., *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, Nueva York, 1950.

⁵⁹ Rabasa, Emilio O., *El derecho angloamericano*, México, Porrúa, 1982, pp. 31 y ss.

tenderse más allá del campo expresamente reservado a las mismas; y, por el otro, que la misma aplicación de las leyes está subordinada a lo que los tribunales entienden como precedente. El juez tiene una facultad muy amplia para realizar su tarea, distinta por completo a la concepción continental europea, en la cual el órgano jurisprudencial ha de moverse dentro de los límites establecidos por el legislador.

En el sistema del *Common Law* es el juez quien determina hasta qué punto y dentro de qué limitaciones el legislador puede invadir con su competencia las normas del sistema del *Common Law*, y también le corresponde al juzgador determinar la estructura articulativa de los preceptos legales en el orden jurídico tradicional.⁶⁰ Se estima que quien verdaderamente sabe lo que es derecho es el juez y no el legislador, supuesto perfectamente encajable en los postulados de la escuela realista estadounidense.⁶¹ Al juzgador se le encomienda la tarea no sólo de interpretar la ley, sino también la de establecer aquellos casos concretos en que la ley no se ha de aplicar, y cuando resulte necesario, crear una nueva norma aplicable al caso.

Las leyes adquieren su auténtica significación y dimensión jurídicas únicamente a través de la interpretación que de las mismas hacen los tribunales. En la práctica jurídica, los precedentes judiciales tienen mucho más prestigio, mayor enjundia jurídica que los textos de las leyes y los reglamentos. Las grandes transformaciones jurídicas estadounidenses han sido debidas, en muy alta medida, a nuevos criterios establecidos en resoluciones judiciales, especialmente por la Suprema Corte de los Estados Unidos. La sentencia es el derecho auténtico; ella proporciona principios y analogías, mientras que la legislación se considera como algo inusual, extraño, inclusive como un elemento perturbador o, poco menos, inoculado en el tronco del derecho. La ley sólo puede establecer reglas específicas para aquellos supuestos a que se refiere expresamente. Aquí viene como anillo al dedo la cita de uno de los grandes, verdaderamente grandes, del derecho americano, me refiero al juez Oliver Wendell Holmes, que entendía por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más y nada menos.⁶² Siendo los Estados Unidos un

⁶⁰ Eder, Phanor J., *op. cit.*, nota 58.

⁶¹ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, nota 38, p. 53.

⁶² Holmes, Oliver Wendell, *Law in Science and Science in Law*, Nueva York, Collected Legal Papers, 1920.

Estado federal se supone que hay materias cuya competencia es únicamente estatal, y otras que, expresamente, corresponden a las autoridades federales, de forma que es a los tribunales judiciales a los que compete revisar la constitucionalidad de las leyes y actos emanados de ellas. El carácter de excepcionalidad de la competencia de las autoridades federales debe estar apoyado en contextos derivados de la Constitución.

No obstante, en la propia Constitución de los Estados Unidos de América (enmiendas I a X, XIII, XIV y XV) se otorga a los tribunales federales la facultad de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos (*civil rights*) frente a las autoridades federales y frente a las autoridades estatales.

En la pirámide legislativa americana, la Constitución de los Estados Unidos (aprobada por la Convención el 17 de septiembre de 1787) ocupa el lugar preeminente, y es no sólo la norma suprema sino su acto fundamental. La Constitución de los Estados Unidos se compone de una parte orgánica, artículos I a VII, y de una parte dogmática, formada por veintiséis artículos, conocidos con el nombre de enmiendas, de las cuales las diez primeras reciben el nombre de declaración de derechos, *Bill of Rights*.

Desde el comienzo existió la posibilidad de la aplicación y de la interpretación jurídica de la Constitución, lo cual es o está dentro de las facultades normales de los jueces, es decir, decidir y aplicar el derecho. Siendo la Constitución una ley, la ley suprema, es competencia de los juzgadores resolver cuanto conflicto surge en orden a su aplicación (*judge-made-constitutional law*), cuyo fundamento se encuentra en el artículo III constitucional, sección 2.

La confianza y tranquilidad que en la gran nación del norte suscitan las resoluciones de los tribunales para hacer efectivos los mandatos constitucionales, como normas superiores a las leyes establecidas por las legislaturas, suponen una muy considerable contribución estadounidense a la ciencia política, y nos permitiríamos decir que al derecho constitucional.

El control de la constitucionalidad de las leyes fue establecido, con gran claridad, en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), que —en síntesis— contemplaba la siguiente situación:

El presidente John Quincy Adams (federalista), unos meses antes de entregar el cargo a Thomas Jefferson (demócrata republicano), llevó a cabo dos nombramientos: *a*) a su secretario de estado John Marshall lo nombró *chief justice* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y *b*) al miembro de su partido, Marbury, lo designó juez federal. El Senado confirmó

el nombramiento de Marbury. El nuevo secretario de Estado del presidente Jefferson, Madison, no envió a Marbury el decreto acreditativo de su nombramiento, y éste se dirigió al Tribunal Supremo mediante un *writ of mandamus*, con el objeto de que se emplazara a Madison con la finalidad de que se le comunicase el decreto de su nombramiento.

Marshall reconoció que Marbury había sido designado juez de manera definitiva, pudiéndose obligar, a través de ese *writ*, al secretario de Estado para que hiciera del conocimiento de Marbury su decreto de nombramiento, aunque con la aclaración de que —en cambio— el tribunal superior no tenía competencia para librar ese emplazamiento, con lo que se estableció la inconstitucionalidad de una ley (Judiciary Act, 1789) que facultaba al tribunal supremo a librar órdenes directamente dirigidas a la administración, ya que tal proceder era opuesto a la Constitución, la cual reconoce al tribunal supremo sólo como una instancia de recurso.

La Constitución estadounidense, siendo una ley de tipo romanista, y encontrándose en la cúspide de la pirámide del *Common Law*, no tiene la pretensión de resolver litigios, sino que establece regulaciones generales de organización y de conducta destinadas directamente a los gobernantes, a los administradores y al resto de la estructura directora.

La Constitución de los Estados Unidos ha sido interpretada con una enorme flexibilidad. Su gran capacidad de síntesis como una norma fundamental proyectada a perdurar en el tiempo debe ser adaptada a las diversas situaciones por las que pasan los asuntos de la convivencia social. Fieles a este espíritu, los integrantes del tribunal supremo han utilizado métodos interpretativos de carácter teleológico. La consecuencia ha sido la creación y el reconocimiento de un complejo de derechos, prácticas, procedimientos y demás dimanantes de las interpretaciones proporcionadas por el tribunal supremo a ciertas fórmulas constitucionales.

El tribunal supremo de los Estados Unidos ha utilizado esta regla en una labor de control sobre la legislación y la jurisprudencia estatales y federales. Dicha fiscalización se ha ejercido, en buena medida, en la aplicación de dos preceptos de importancia sustancial. Por un lado la enmienda V, que señala que ninguna persona podrá ser privada de su vida, de su libertad o de sus bienes sin que se hayan observado los procedimientos jurídicos idóneos (*without due process of law*), etcétera; y por otro la enmienda XIV, que prohíbe a los estados a rehusar a toda persona sometida a su jurisdicción la igual protección de las leyes (*the equal pro-*

tection of the laws), precepto que supone que las leyes deben ser sin distinción de razas, o sea, *colorblend*.

La base de la competencia legislativa estatal viene de la mano de lo establecido en la Constitución en su décima enmienda: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados respectivamente a los estados o al pueblo”.

De ahí que en la vida ordinaria los derechos estatales tengan, para los ciudadanos y para los juristas americanos, mayor importancia que los federales. El conjunto de relaciones integrantes de la convivencia social, tales como familia, contratos, represión de delitos, normas procedimentales, sucesiones, etcétera, se regulan por las legislaciones estatales, y la legislación federal, en estos asuntos, interviene sólo excepcionalmente.

La limitación de las autoridades estatales es que no pueden adoptar decisiones que vayan en contra de disposiciones federales, aunque pueden adoptar resoluciones que complementen la legislación federal o llenen los vacíos u omisiones de ésta.

En cuanto a la *equity*, supone la denominación técnica que recibe la rama del derecho del *Common Law* americano que se formó a través de la jurisprudencia de los jueces al aplicar los principios abstractos de la equidad para hacer benigno el rigor del viejo derecho común y suplirlo. Por tanto, la *equity* es una rama del derecho americano de tanta técnica y juridicidad como la otra denominada *Common Law*, que en los Estados Unidos, por regla general, aplican los tribunales de equidad (*courts of equity*).

Esta rama judicial quedó reconocida e integrada en la Constitución de los Estados Unidos en el artículo III, sección 2, primera parte: el Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad... En estas condiciones la competencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales inferiores, integrantes del Poder Judicial de la Federación, se extiende a todas las controversias, surgidas dentro de la órbita de la Constitución, de las leyes federales y de los tratados internacionales en “derecho de equidad” (*in law and equity*).

La idea básica de la equidad no difiere de la vigente en los demás sistemas jurídicos de las naciones civilizadas; la ley debe ser aplicada justamente mitigando su dureza de conformidad con los dictados de la con-

ciencia de las personas comunes y de la razón. Holmes⁶³ lo expresa con gran claridad al decir: “No nos damos cuenta de la gran parte de nuestro derecho que es sometida a reconsideración al más ligero cambio en el hábito de la mentalidad común. Ninguna proposición concreta es evidente por sí misma, no importa cuán listos podamos estar para aceptarla...”.

Este concepto se ha abierto camino no sólo en el sistema americano de *Common Law*, sino que en otros sistemas, donde el poder de iniciativa judicial se encuentra estrechamente limitado por la ley, se palpa un desarrollo semejante. En todos los lugares se nota una tendencia creciente a destacar la similitud entre la función del juez y la del legislador. En cierta medida, el proceso metodológico de investigación del juzgador en busca del derecho aplicable presenta rasgos muy similares al correspondiente al propio legislador.

Claro está, y a ningún jurista se le escapa esta matización, no por secundaria menos importante, que la investigación de los juzgadores se pone en movimiento en virtud de algún hecho concreto para comprobar la inserción del mismo dentro del derecho, pero las consideraciones que deben orientar al juez, en relación con la finalidad última de su propósito, pertenecen al mismo género de naturaleza que las que el legislador ha de tener en cuenta para satisfacer la necesidad social, legítima originadora del acto legislativo, ya que ambos (juzgador y legislador) han de perseguir la obtención de la justicia y de la utilidad para la convivencia social mediante una norma apropiada, bien que la sentencia sea una norma jurídica particular.⁶⁴

Sin embargo, conviene precisar que, a pesar de lo dicho, hay una distinción sustancial que separa la actividad judicial de la actividad legislativa. Mientras que el legislador no encuentra limitación alguna (salvo en el natural ajuste a los preceptos constitucionales) en la estimación de una situación general, que él regula en forma abstracta, el juzgador que ha de decidir ante casos particulares y en referencia a problemas concretos debe emanciparse para actuar en una concepción moderna de la organización social y para evadirse de los peligros de las acciones arbitrarias, de toda influencia, ya sea personal o dimanante de la situación específica

⁶³ Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 20, pp. 466 y ss.

⁶⁴ Cardozo, Benjamín M., *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponssa, Buenos Aires, Arayú, 1955, pp. 95 y ss.

que le es sometida, y fundamentar su resolución judicial en elementos de naturaleza objetiva.

En otras palabras, y aquí reside buena parte de la grandeza del sistema del *Common Law* americano, la actividad del juzgador puede considerarse como de libre investigación científica: libre, ya que está alejada de la acción de la autoridad positiva; científica porque su base sólo debe encontrarse en elementos objetivos, que solamente a la ciencia le es dable proporcionar, como acertadamente señalan Gény y Ehrlich, citados en el libro del juez Cardozo al que hicimos referencia.

Con respecto a la organización judicial, la lógica consecuencia del federalismo estadounidense es que la impartición de justicia en ese país tiene dos niveles: el federal y el estadal.

Dentro de la jurisdicción federal tenemos la jurisdicción federal tradicional (juzgados de distrito, tribunales de apelación y Suprema Corte), y la jurisdicción federal especial integrada por tribunales que aplican leyes especiales, así la de materia tributaria, propiedad industrial, fiscales, patentes, etcétera.⁶⁵

En cuanto a los juzgados de distrito, *district courts*, los Estados Unidos se encuentran divididos, para efectos jurisdiccionales, en distritos judiciales, habiendo en cada distrito un juzgado de distrito. Las disposiciones legales respectivas establecen la extensión territorial de los distritos judiciales, que no se extienden a otros estados, tal vez con la única excepción del distrito de Wyoming, que abarca parte de Montana e Idaho. Cada estado integra por lo menos un distrito judicial, aunque hay varios estados que se encuentran divididos en tres o cuatro distritos judiciales, como pueden ser los de mayor superficie, tales como el de Texas.

Existen aproximadamente trescientos jueces diseminados entre los diversos distritos judiciales. La mayoría de los distritos tienen dos o más jueces, en algunos hasta veinticuatro, como en el distrito sur de Nueva York, y un amplio número que no dispone más que de un solo juez. Los juzgados de distrito son tribunales de primera instancia y su competencia abarca todas las controversias en materia civil, administrativa, penal y en materia federal, salvo las expresamente reservadas a la Corte o a los tribunales especiales.

En cuanto a los tribunales de circuito (*courts of appeals*), estos tribunales son esencialmente tribunales de apelación que actúan en revisión

⁶⁵ Lindner López, Hedwig, *op. cit.*, nota 57, pp. 23 y ss.

de las sentencias dictadas en primera instancia y, en algunos casos, de resoluciones de autoridades administrativas. Nos encontramos con once tribunales de apelación, con la inclusión del distrito de Columbia, diez de los cuales comprenden entre tres y diez entidades federativas. Los asuntos, normalmente, se encomiendan a una división del tribunal constituida por tres jueces. Los tribunales quedan integrados por una cifra que oscila entre tres y quince jueces.⁶⁶

La Suprema Corte de los Estados Unidos fue adoptando en forma gradual la estructura con que actualmente la conocemos. Inicialmente (*Judiciary Act of 1789*) fue integrada por un *chief justice* y cinco *associate justices*. En 1807, el número de ministros se aumentó a seis; en 1837 a ocho y en 1863 a nueve. En nuestros días se encuentra compuesta por un presidente y ocho ministros, participando la totalidad de ellos en la deliberación y resolución de todos los asuntos. Para que el tribunal se avoque al conocimiento de un asunto y dicte su fallo es preciso obtener —el noventa por ciento de los supuestos— *writ of certiorari*, haciendo valer “*special and important reasons*”.

La competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia es limitada, aparte de sus facultades como tribunal de apelación, y no existe un recurso directo ante el alto tribunal. La competencia originaria le viene conferida por el artículo III, sección 2 constitucional, disposición que tiene naturaleza de autoejecutoria, es decir, que no requiere de ningún acto posterior del Congreso. Esta competencia originaria se extiende a las controversias en que sea parte uno de los estados de la federación y las controversias referentes a embajadores, ministros y cónsules.

La función de la Suprema Corte de Justicia, en el sistema federalista americano, tiene una triple dimensión: mantener la supremacía de la Constitución, uniformar la interpretación de la ley federal y resolver las controversias legales entre los estados. La finalidad de la Suprema Corte es dictar sentencias en las causas de justicia, y no responder a cuestiones de derecho meramente abstractas, mucho menos dar consejos en asuntos políticos. El mandato constitucional señala que la autoridad de los tribunales federales se extienda a las causas o controversias, significando esta fórmula que la competencia jurisdiccional de los tribunales federales sólo puede ser invocada cuando alguien estima la existencia de una infrac-

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

ción de un derecho legal convencional, dentro del contexto de un juicio ordinario, perjuicio sin lesión legal.

Junto a la función de resolver los conflictos legales entre los estados federativos, en los que la Suprema Corte asemeja bastante su actuación a un tribunal internacional, existe la función de conseguir la uniformidad interpretativa de las leyes federales, tarea que, ante el constante aumento de la legislación social y económica del Congreso de la Unión, va adquiriendo cada vez una importancia más acentuada, pues existen numerosas parcelas legislativas que exceden la esfera de lo estatal y exigen una interpretación idéntica en todos los distritos. De ahí que en cada estado haya por lo menos un tribunal federal, que existan once tribunales federales regionales de apelación y que sobre éstos se encuentre la Suprema Corte de Justicia, que funge como autoridad final para revisar las sentencias que supongan conflictos entre regiones.

Sin embargo, la función culminante, y al propio tiempo la más difícil y compleja de sus responsabilidades, es la de resolver las controversias legales entre los estados, pues esta actividad constituye una argamasa que funde y cohesiona el espectro político-jurídico de la unión americana, sobre todo si tenemos en cuenta que los estados no pueden regular el comercio interestatal.

La Corte, que tiene su residencia en Washington, D. C., actúa siempre en Pleno; seis ministros constituyen quórom, y las decisiones son tomadas por mayoría de los votos presentes. El presidente y los ministros integrantes de la misma son designados por el presidente de la República, con la obligatoria aprobación del Senado.⁶⁷ Las sesiones son públicas y en ellas los abogados de las partes sostienen un debate verbal, aunque los criterios se establecen en privado.

La Suprema Corte de Justicia viene conociendo, normalmente, dos mil quinientos casos al año aproximadamente, pero sólo retiene el 13%, aunque únicamente se necesitan cuatro votos para la retención. De este modo, dicta sentencia en aproximadamente ciento cincuenta casos, ya que los otros no los estima suficientemente importantes como para justificar su intervención, limitándose a declarar esta circunstancia. Los ministros gozan de inamovilidad en sus cargos, salvo que renuncien o sean objeto de juicio político, caso nada frecuente.

⁶⁷ *Idem.*

La necesidad social reclamó la creación de tribunales especiales con jurisdicción local y federal cuya competencia es —realmente— la misma que la de los tribunales estatales con jurisdicción general. En cuanto a las jurisdicciones estatales, cada estado tiene su propia organización judicial. En unos estados, la jerarquía normal comporta dos niveles y en otros tres. El tribunal que ocupa el nivel superior jerárquico en treinta y nueve estados recibe la denominación de tribunal supremo, y en los restantes tiene nomenclaturas distintas; así, por ejemplo, en Connecticut el de *Court of Errors*. En diez estados subsisten los tribunales especiales de *equity*.

En semejanza a lo que ocurre con el derecho federal y el de los estados, sólo puede acudirse a las jurisdicciones federales en el supuesto de que la Constitución de los Estados Unidos de América o una ley del Congreso, basada en la Constitución, le confiera competencia expresa, siendo tres los criterios que, normalmente, sirven para establecer este fuero competencial:

- La naturaleza del litigio (asuntos que afecten la Constitución o las leyes federales).
- Personalidad de los litigantes (diplomáticos extranjeros o ciudadanos de diversos estados), y
- La cuantificación económica del caso debe alcanzar siempre un interés de diez mil dólares como mínimo.

No obstante, en la mayoría de los casos esta competencia no es excluyente, ya que las partes pueden acudir ante la jurisdicción estatal, supuesto en el que habrá siempre la posibilidad de un recurso ante la Suprema Corte de Justicia contra la decisión pronunciada en última instancia en el estado de que se trate, *siempre y cuando esté en juego un principio fundamental enunciado por la Constitución o por una ley federal*. En realidad, el 95% de los asuntos quedan sometidos a la competencia exclusiva de los juzgados estatales.

Para un mejor conocimiento y comprensión de lo que llevamos señalado hasta el momento, remitimos al lector a las páginas finales del presente trabajo, lugar donde presentamos una serie de esquemas relacionados con lo comentado.

3. Consideraciones finales

Primera. Todo sistema jurídico se encuentra basado en una sociedad, en una forma de convivencia social; en definitiva, en una cultura. Los Estados Unidos de América constituyen un conglomerado social que ofrece particularidades *sui generis*. En buena medida es un crisol de concepciones culturales muy diversas que, aún hoy, se encuentran en proceso de plena integración, lo cual no resta ni un ápice de su vigorosa personalidad nacional.

Segunda. El sistema que tutela los bienes jurídicos de este extraño y poderoso conglomerado social es, a nuestro juicio, bastante adecuado para la colectividad a que se ha de aplicar.

El sistema jurídico americano, el derecho positivo, formado por la jurisprudencia (fuente primigenia de sus normas jurídicas), está constituido por la llamada ley del precedente. La sentencia de un tribunal, recaída sobre el problema jurídico planteado en un caso, tiene autoridad como precedente obligatorio para el mismo tribunal que la dictó y para todos los de rango inferior en los casos subsiguientes en los que la materia de la controversia sea la misma cuestión. Lo anterior constituye lo que los estudiosos denominan “doctrina del precedente” o “*stare decisis et non quieto movere*”, o sea, que ha de estarse a lo decidido y no perturbarse lo que ya es firme. Tal doctrina constituye el fundamento del *Common Law*, y aunque su origen es inglés, llamada “regla del precedente” en los Estados Unidos —por su especial configuración federalista—, la regla británica es más suave.

En el sistema estadounidense, los jueces gozan de amplia libertad para modificar las disposiciones legales y los principios con objeto de hacerlos adecuados para responder a los reclamos sociales y a los ideales de justicia. Los conceptos de precedente y “*stare decisis*” desempeñan la función de frenos a una excesiva libertad jurisdiccional, con la finalidad de garantizar el adecuado desenvolvimiento de la ley.

Los valores subyacentes en la noción del precedente son reforzados por el principio del *stare decisis*. El precedente demanda únicamente que los jueces miren atrás hacia las decisiones previas como un criterio orientador, mientras que el *stare decisis* requiere que la Corte siga sus propias decisiones y las resoluciones de sus superiores de la misma jurisdicción. Esto da lugar a dos clases de precedentes: el obligatorio, que es cuando se aplica la doctrina del *stare decisis* limitando las opciones del

tribunal correspondiente, ya que debe armonizar el resultado del caso a debate con las decisiones pasadas; sólo motivando y razonando sobre la inaplicabilidad completa de los precedentes el tribunal podría elaborar nuevas reglas o modificar las existentes. El persuasivo, cuando la doctrina del *stare decisis* no se aplique, en que los juzgadores podrán prescindir de los precedentes, aunque éstos no pierdan su valor indicativo.

Por otra parte, una resolución judicial contiene la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, y la proyección de estos elementos es distinta según se aplique una doctrina u otra de las ya señaladas. El sistema jurídico americano, mediante la combinación de la doctrina del precedente y la de *stare decisis*, pretende armonizar la estabilidad jurídica con la flexibilidad necesaria para adaptar la norma a las circunstancias existentes.

Tercera. Esta sutil combinación de lógica sociológica y de lógica jurídica, constitutiva del fundamento de lo que hemos dado en llamar “realismo estadounidense”, efectuada fundamentalmente por el ministro Oliver Wendell Holmes, en 1897, originó una fecundísima escuela en torno al propio concepto del derecho y las posiciones respecto del mismo en los más distinguidos autores, proyectándose en las grandes tendencias estadounidenses sobre el fenómeno jurídico: Pound con su sociologismo jurídico, Cardozo con su sincretismo metódico, Cohen con su realismo valorativo, McDougal, Lasswel y Llewellyn con su realismo pragmático y Frank con su realismo psicológico.

Singularmente, Frank amplía enormemente la senda iniciada por Holmes, quien, como ya hemos indicado en páginas anteriores, hacía consistir el derecho en la predicción de la conducta judicial, de la decisión de los juzgadores en los casos concretos. De esta manera, los abogados deben procurar la predicción de ese comportamiento. Pero no es tan fácil como anticipar, en la medida de lo posible, de qué manera interpretarán las normas o declararán el derecho aplicable al caso, sino de algo mucho más difícil e incierto. Se trata de predecir la actitud de los juzgadores ante la prueba y su valoración, y, en consecuencia, cuál será la decisión del juez respecto de los “hechos del caso”.⁶⁸

En esta tesitura, debemos concentrarnos, pues, en el problema de la lógica judicial en relación con los casos planteados, y aquí cabe volver a utilizar las opiniones comunes a la mayoría de los juristas americanos.

⁶⁸ Frank, Gerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, México, Centro Editor de América Latina, Fontamara, 1991, *passim*.

Se trata de una lógica jurídica, pero también de una lógica emocional y de una lógica valorativa, referidas las tres al ámbito concreto y específico del problema surgido en los márgenes de la convivencia social.

No obstante, como señala Cardozo,⁶⁹ la fuerza rectora de la lógica no siempre se ejerce siguiendo un camino único y sin obstáculos. Un principio o precedente llevado a sus extremos lógicos puede conducir a una conclusión, otro principio o precedente considerado bajo la misma lógica puede llevarnos —con idéntica certidumbre— a otra conclusión. En tal disyuntiva, tendremos que elegir entre dos caminos, pronunciándonos por uno o por otro, o tomando una tercera vía, que será la combinación de las dos fuerzas en disputa o un término medio entre los extremos.

A este respecto, podemos utilizar el conocido caso *Riggs vs. Palmer*.⁷⁰ En este asunto se adoptó la resolución de no permitir a un legatario, que había matado a su testador, disfrutar de los beneficios del testamento (esta decisión fue tomada por un tribunal de *equity*). Había, pues, principios jurídicamente respetables en conflicto que pretendían imponerse, uno de ellos prevaleció y no se tomaron en cuenta los otros. Estaba el principio de la obligatoriedad testamentaria, que dispone del patrimonio de un testador conforme a la ley. Ese principio, entendido lógicamente, parecía favorecer el título del homicida. Por otro lado se encontraba el principio de que los tribunales de lo civil, lógicamente, no pueden agregar nuevas penas a los delitos. La inferencia lógica parecía favorecer nuevamente al homicida. Pero había otro principio, más general, fuertemente enraizado en sentimientos universales de justicia: el de que nadie debe beneficiarse de sus propias faltas o sacar provecho de sus infracciones. La lógica de este último se impuso sobre la lógica de los otros. En el ejemplo utilizando la razón es clara. Se eligió una vía y se obviaron otras, en función de las convicciones existentes en la mente del juzgador de que el camino escogido era el que llevaba a la justicia. Las analogías, los precedentes y los principios que se encontraban detrás de ellos rivalizaron por la preeminencia, pero finalmente se impuso lo más fundamental: el satisfacer los anhelos y los intereses sociales más amplios y más profundos, se preservó la coherencia y la lógica se impuso, siendo de mucha menor importancia la fórmula concreta mediante la cual se hizo justicia.

⁶⁹ Cardozo, Benjamín N., *op. cit.*, nota 64, pp. 27 y ss.

⁷⁰ New York Court of Appeals Reports, vol. 115, p. 506. Cfr. Cardozo, Benjamín N., *op. cit.*, nota 64.

Las fórmulas utilizadas no constituyen nada más que simples recursos auxiliares mediante los cuales una solución justa y adecuada es hecha coincidir con los principios lógicos y la concesión sistémica del ordenamiento jurídico.

En el derecho americano (como en todos los derechos, pero mucho más acusadamente que en los demás) la historia, las costumbres, la utilidad social, el sentimiento de la justicia, o como nos indica Cardozo,⁷¹ inclusive “quizá alguna aprehensión semi-intuitiva del espíritu predominante de nuestro derecho”, deben subvenir en ayuda del juez dubitativo e indicarle el camino a seguir.

No hay, después de todo lo escrito, ninguna duda de que la inspiración de la norma es un sentimiento de justicia, pero una vez que dicho sentimiento se encuentra solidificado, nosotros lo rodeamos con el resplandor de la “conformidad al precedente”. La justicia reaccionó contra la lógica, el sentimiento contra la razón, al orientar la elección a efectuar entre una lógica y otra. Pero la razón, por su parte, reaccionó contra el sentimiento al purificarlo de todo lo que pudiera ser arbitrario, al atemperarlo de lo que resultara exagerado y al referirlo al método, al orden, a la coherencia y a la tradición.

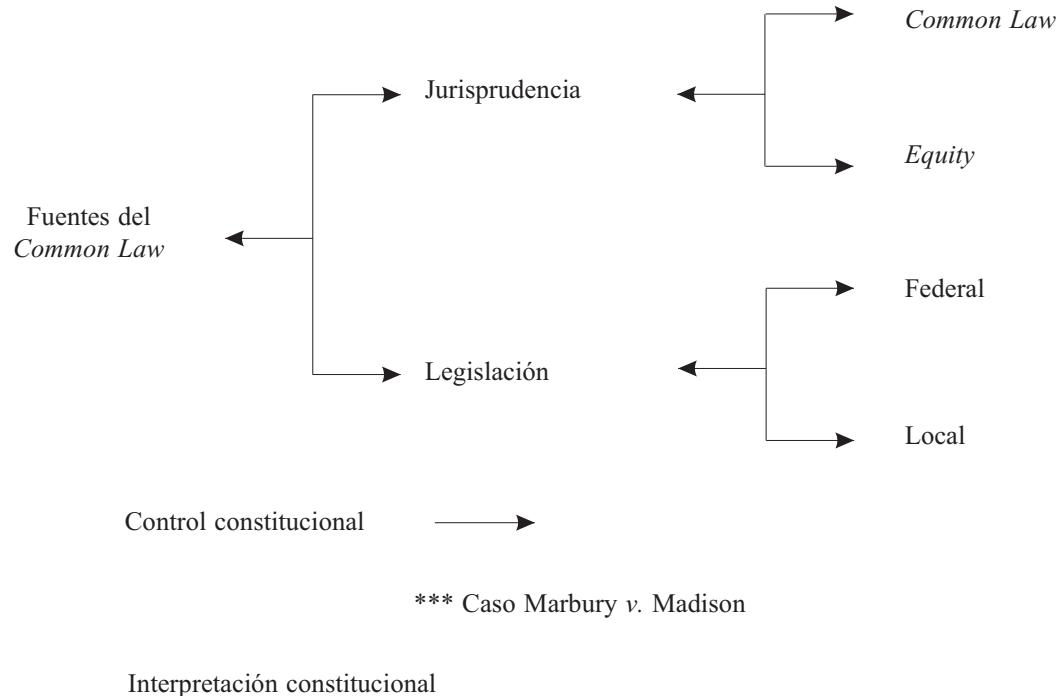
En realidad, esta peculiar concesión de la lógica y de la filosofía jurídica como un instrumento a elegir entre varios no tiene nada que sea enemigo de la enseñanza de los juristas, pertenecientes al sistema continental europeo. El mal uso de la lógica o de la filosofía empieza en el mismo instante en que su método y sus fines son tratados como supremos y definitivos. En el derecho, como en muchas otras facetas de la vida y del conocimiento, las verdades proporcionadas por la inducción contribuyen a formar las premisas para nuevas deducciones.

En la base del sistema jurídico americano domina la idea de que una norma que ha funcionado bien en un terreno o que, de cualquier modo, está allí, ya sea que su funcionamiento se haya revelado o no, es introducida en otro. En el fondo, con diferencias muy notables respecto de nuestros sistemas jurídicos, y en sus motivos subyacentes nos encontramos ante fases del mismo método, certidumbre y uniformidad de plan y de estructura. Hay raíces en idéntico empeño de la mente jurídica por una unidad más amplia y comprensiva, reconciliadora de diferencias y desvanecedora de anomalías.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

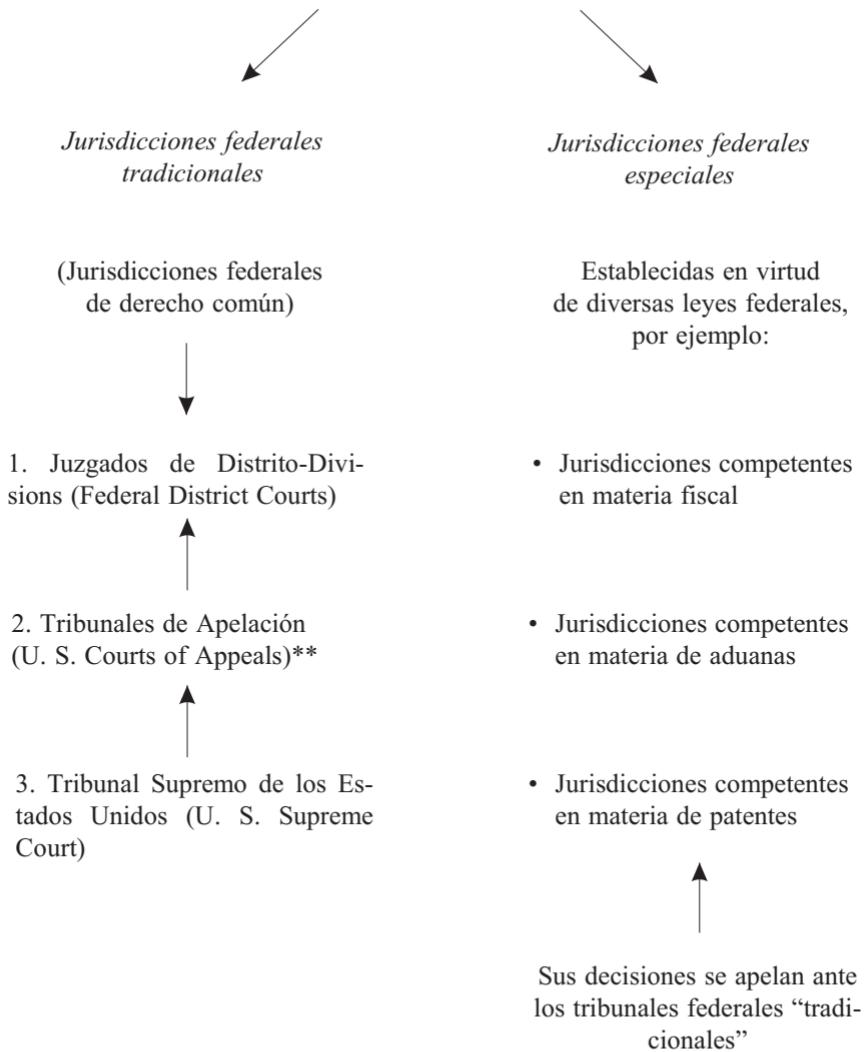
Cuarta. Pero si hubiera que señalar lo que a nuestro juicio constituye la razón de ser de la lozanía y buena salud del sistema jurídico americano, no tendría duda en señalar que se encuentra en el prestigio social de que disfrutan sus jueces, que los convierte en verdaderos depositarios del funcionamiento social, económico y político de esa gran nación, aunque como jurista perteneciente al sistema continental europeo (que es el de toda Latinoamérica) considere que la dogmática jurídica nuestra es muy superior a la estadounidense.

Aquí cabría recordar el adagio jurídico, no por popular menos cierto: más vale una mala ley bien aplicada, que una buena ley mal aplicada.



Fuente: *Ibidem*, esquema 4.

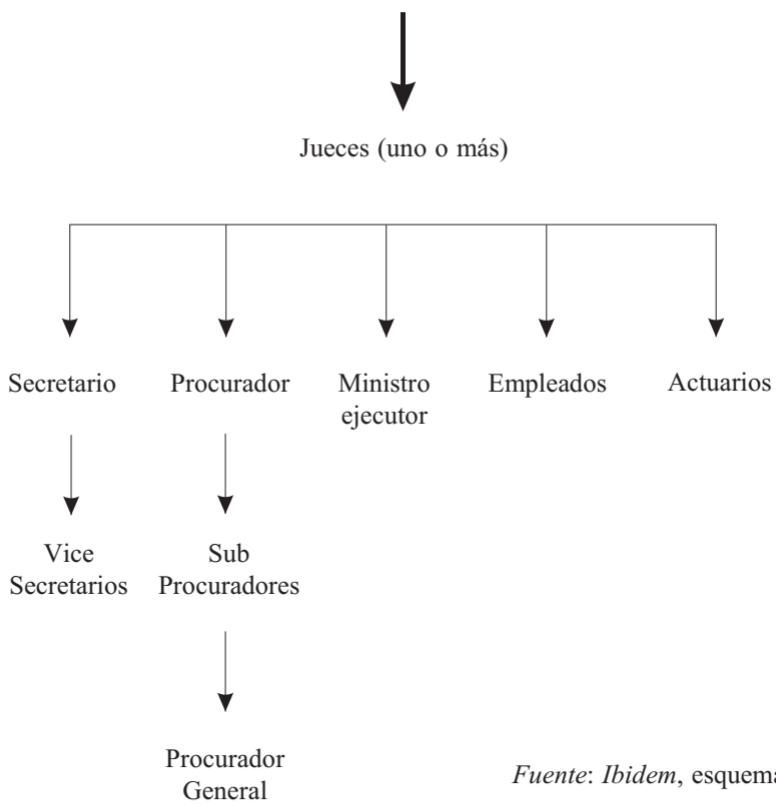
JURISDICCIONES FORMALES



** Se denominaban antes U. S. Circuit Court of Appeal.

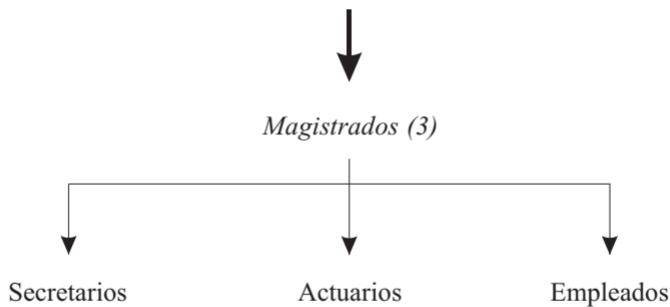
Fuente: *Ibidem*, esquema 5.

JUZGADOS DE DISTRITO (*Federal District Courts*)



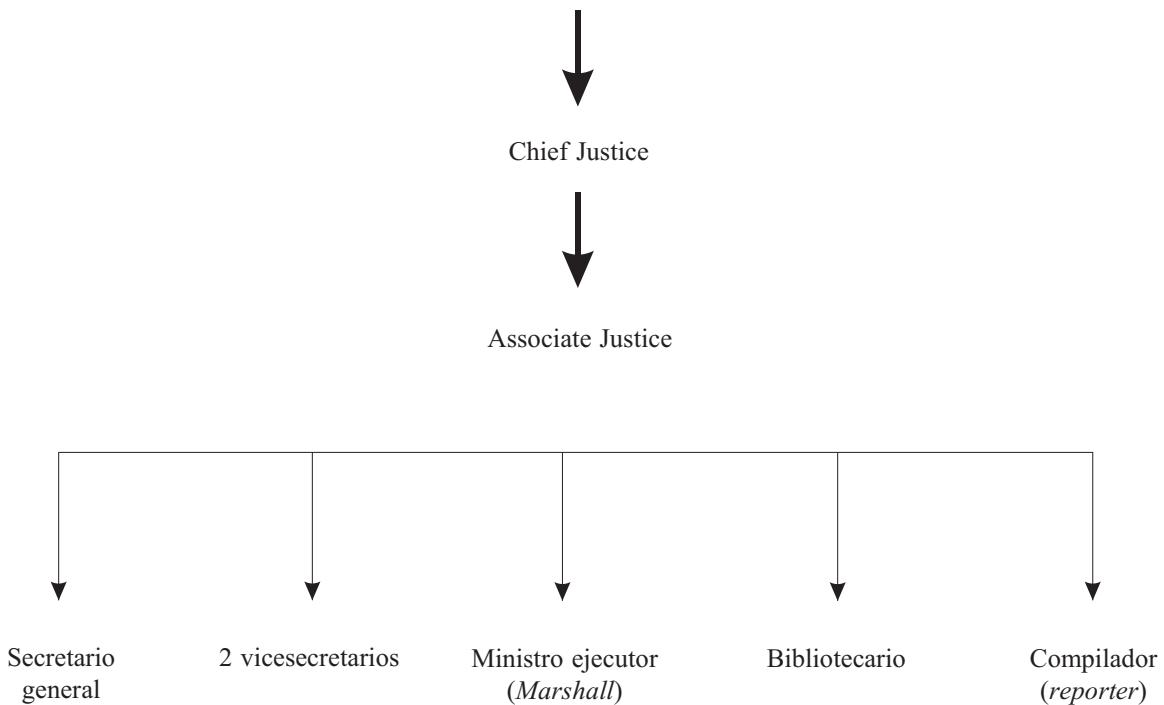
Fuente: Ibidem, esquema 6.

TRIBUNALES DE APELACIÓN (*U.S. Court of Appeals*)



Fuente: Ibidem, esquema 7.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS



Fuente: *Ibidem*, esquema 9.

TRIBUNALES ESPECIALES

- Tribunal de reclamaciones (*Court of Claims*)
- Tribunal Aduanal (*Customs Court*)
- Tribunal de Apelación en Materia Aduanal y Patentes (*Court of Customs and Patent Appeals*)
- Tribunales militares
 - Comisiones militares
 - Tribunales de preboste (*Provost Courts*)
 - Tribunales marciales
- Tribunales consulares
- Tribunales de los estados de China

Fuente: *Ibidem*, esquema 10.