

Fuentes del Derecho en los Estados Unidos: la muerte del Derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del Derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law ()*

Dale Beck Furnish

Abogado. Profesor en la Universidad de Arizona y en la Universidad de Sonora - México.

Quien quiera estudiar seriamente el Derecho estadounidense debe empezar con los *Restatements of the Law*. En conjunto, forman una codificación del Derecho americano, que tiempo atrás dejó de ser un Derecho consuetudinario. Son una fuente importante, la única con pretensiones nacionales legítimas. El desconocimiento de los *Restatements* en Perú (como en otros países extranjeros), hoy en día, cuando existe tanto deseo de conocer el Derecho estadounidense, expone un defecto en la formación comparatista, y en el propio análisis del Derecho en los Estados Unidos.

1. Introducción.

Últimamente, enfrenté la tarea de formular un curso sobre el Derecho estadounidense para los estudiantes de la Universidad de Sonora inscritos en la Maestría de Derecho Internacional Privado. Consulté con un amigo sonoreño sobre los temas que debía tocar dentro de esa materia. Sin dilatar, me dijo que primero tenía que enseñar las fuentes del Derecho. El consejo me sorprendió, porque como abogado de formación estadounidense -aun cuando había estudiado un curso de Introducción al Derecho hace unos treinta años en el Perú, donde se las tocó- no se me hubiera ocurrido enfocar las fuentes del Derecho como uno de los temas primordiales para mi curso. Tal es la fuerza inconsciente de nuestra formación en nuestra propia cultura jurídica.

Sin embargo, pude apreciar lo acertado del consejo que recibí, pues se ajusta a las inquietudes primordiales que iba a experimentar el abogado de

formación jurídica romano-europea cuando enfrentaba otro sistema.

2. La bibliografía existente no expone bien las fuentes del Derecho estadounidense.

Seguido, busqué materiales de lectura en español que podría facilitar a los alumnos para prepararles el tema de las fuentes del Derecho estadounidense. No encontré mucho, pero en esa búsqueda me di con la monografía de Márquez Piñedo, «El sistema jurídico de los Estados Unidos de América», publicada en 1994. Es un libro digno de leer, recientemente escrito con cuidado y esfuerzo por un jurista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Aporta mucho sobre la estructura de los tribunales en los Estados Unidos y también sobre la metodología tradicional de los tribunales y los abogados estadounidenses frente a cuestiones legales. Refleja fielmente la bibliografía en inglés sobre el sistema. Lamentablemente, esa bibliografía en su grueso no revela la realidad vigente en 1995 en los Estados Unidos, sino una realidad que empezó a ceder su aplicación en los años treinta, dos generaciones atrás.

3. Los comentarios sobre las fuentes no se han actualizado con cambios muy importantes en el sistema jurídico de los Estados Unidos.

Supongo que Márquez Piñedo, como buen investigador jurídico, seguía las manifestaciones que encontró en el análisis de sus contrapartes estadouniden-

(*) En el texto de este artículo incluyo más citas textuales que lo normal en la redacción. Lo hago con el propósito de hacer accesible al lector peruano una serie de referencias bibliográficas en inglés que le podrían resultar difícil de conseguir. Las traducciones son del autor.

ses, describiendo su propio sistema. Pero la verdad es que ni en su propia literatura jurídica están bien analizadas las fuentes del Derecho estadounidense. Por una parte, es una cuestión que no interesa mayormente a los juristas de este sistema, porque no se fijan tanto en la cuestión de fuentes⁽¹⁾.

Por su parte, el sistema ha cambiado, pero en forma casual y evolucionaria, y los cambios de esta índole no causan tanta noticia como los cambios calculados, revolucionarios y/o chocantes. Actualmente, funcionan como fuente sobresaliente los *Restatements* preparados en el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*), o ALI.

4. El sistema jurídico de los Estados Unidos se ha convertido en un sistema de normas positivas.

A pesar de sus antecedentes casuísticos, la evolución imparable del Derecho estadounidense lo ha llevado a una época nueva reflejada en las fuentes. Muy consciente de las diferencias entre sistemas y tradiciones, acepto que no se podrá clasificar de golpe al sistema estadounidense como un sistema de Derecho positivo sobre todo ante un lector de formación romano-europea, cuya cuna jurídica es el Código Civil, sin explicar más a fondo el fenómeno que vivimos a nivel nacional, y ahora al nivel internacional en el sistema regional impuesto con el Tratado de Libre Comercio. Explicaré aquí los cambios en el sistema que ya no es «anglosajón», y señalaré las implicaciones para su aplicación dentro de un sistema regional. Es menester hacer el intento, aunque en forma muy breve para un tema de tanto alcance, porque los comentarios existentes actualmente no enfocan lo suficiente el asunto y no actualizan el sistema para ponerlo disponible al jurista extranjero con formación civilista, aun cuando las circunstancias actuales estarán despertando mucho interés en este jurista, y mucha necesidad de entendimiento mutuo entre juristas estadounidenses y latinoamericanos.

5. Al centro del cambio en el sistema estadounidense están los *Restatements of the Law*.

Sobre todo, enfocaré mi análisis en los *Restatements* del Derecho estadounidense, redactado por un proceso único en el foro del *American Law*

Institute, entidad difícil de comparar con las entidades jurídicas conocidas al jurista peruano, o de formación romano-europea. Hice notar que los *Restatements* son casi desconocidos en el Perú, América Latina y Europa. De hecho, existe poco análisis calculadamente enfocado en su naturaleza e impacto dentro del sistema que los generó, y han revolucionado libre de restricciones formales sobre su lugar y función dentro de la jerarquía de las fuentes del Derecho estadounidense.

Aun más curioso, los *Restatements* han cobrado una fuerza excepcional y creciente en los Estados Unidos. Para entender bien el sistema jurídico actual de los Estados Unidos, hay que entender los *Restatements*. Son la fuente más comparable con el Código Civil, por su manera de redacción y los objetivos del conjunto de normas producidas, pero hay que destacar cuidadosamente la función y naturaleza de los *Restatements*.

6. El sistema de los Estados Unidos ya no es un sistema de Derecho consuetudinario.

Entonces, Márquez Piñedo, de buena fe, identifica el sistema estadounidense como un sistema de derecho consuetudinario -o sea, casuístico o no escrito- basado en las sentencias de los tribunales que pueblan los estados de este país federal. Hace una generación atrás, quizás podría haber descrito el sistema de esta manera, aunque hubiera faltado certeza por referir a un sistema en declive. A fines del siglo veinte, simplemente no cabe esa referencia en cuanto a los Estados Unidos. Las fuentes han cambiado debido a varios sucesos históricos, fuentes en sus implicaciones sistémicas, aunque no tan preocupantes a una profesión que no se preocupa en clasificar las fuentes de su Derecho.

7. Hoy en día en los Estados Unidos, los casos se deciden por normas concretas y escritas.

Se tiene que tratar el sistema estadounidense en la actualidad, como un sistema de Derecho positivo, de normas concretas y escritas. En efecto, hoy en día la gran mayoría de las sentencias estadounidenses se fundan y se motivan en disposiciones legislativas. Nos rige un Derecho de normas concretas. Rarísima vez se encuentra una sentencia fundada en jurisprudencia del *Common Law*, en su sentido puro de precedentes judi-

(1) Por ejemplo, en 1995 el Profesor William Burnham, un experimentado comparatista, publicó su libro, «Introduction to the Law and legal system of the United States» (West Pub. Co.). Contiene una sección llamada «Las fuentes del Derecho y su jerarquía (Sources of Law and their hierarchy)», donde no menciona los *Restatements*. Revisando el índice del libro, tampoco se encontrará ninguna referencia a los *Restatements*. No indico el libro de Burnham para criticarlo, sino porque es más reciente; es un buen libro y refleja la forma típica de tratar las fuentes en la bibliografía estadounidense.

ciales, sin basarse en la aplicación de una norma legislativa. El poder que define las políticas legales del país hoy y para el futuro será el Poder Legislativo, a través de sus leyes positivas. Se incluyen las normas de los *Restatements* en la clasificación de normas «legislativas». Me atrevo a decir que no hay sentencia actual que resuelva una controversia sin referencia dispositiva a normas concretas.

8. Actualmente, en los Estados Unidos se tiene que utilizar un sentido amplio para el término «legislación».

El Poder Legislativo en los Estados Unidos tiene unos rasgos muy especiales, que cabrían explicar con cuidado al jurista peruano que quisiera captar el sistema de fuentes que tiene vigencia para los Estados Unidos. Desde luego, contamos con un Congreso federal y las cincuenta legislaturas estatales, que redactan y promulgan leyes dentro de sus respectivas competencias. También existen otros foros legislativos en los Estados Unidos, aunque sus miembros no son elegidos popularmente. Muchas de las leyes estatales no son de fabricación local sino proceden de entidades con enfoque nacional y el propósito de armonizar las leyes entre toda la unión federal.

9. La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales), o NCCUSL, redacta muchas leyes.

Desde su organización en 1892, el ejemplo sobresaliente de una legislatura extraoficial ha sido la

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales), o NCCUSL, cuyo propósito es «promover uniformidad en leyes estatales en todas las materias donde la uniformidad es deseable y practicable. Para cumplir con eso, los Comisionados participan en redactar proyectos de leyes (*acts*) sobre varios temas y procuran asegurar en los varios estados la consideración [legislativa] de las leyes que ellos aprueban»⁽²⁾. Cada gobernador estatal nombra los comisionados correspondientes a su estado («normalmente cuatro»)⁽³⁾ al cuerpo de la Conferencia, donde se reúnen para discutir los borradores de propuestas de *uniform laws* (leyes uniformes) redactadas por juristas expertos en cada materia, reclutados por la NCCUSL para tal labor. Se tratan cuestiones de interés nacional, donde cabría llegar a un trato armónico por tener la misma ley en todos los estados. Los comisionados están encargados de convencer a sus legislaturas estatales de la adopción de leyes uniformes aprobadas en la NCCUSL, porque las leyes tipos propuestas por la NCCUSL no entran en vigor sino cuando un estado las acepta y las promulga como leyes de ese estado.

La NCCUSL ha producido un flujo de más de doscientas leyes uniformes hasta la fecha. Como es de suponer, éstas han experimentado suertes variadas, pero más de cien han entrado en vigor en al menos un estado. Dentro de su producción se encuentra muchas leyes uniformes que se han promulgado en todos o casi todos los cincuenta estados, el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes⁽⁴⁾. Varias leyes no llegaron a aprobarse en su forma uniforme en muchos estados, pero provocaron una atención que dio lugar a la promulgación en casi todos los estados de «versiones

(2) Constitución de la NCCUSL, Párrafo 1: «Propósito» publicado anualmente en el «Handbook of the NCCUSL and proceedings of the annual meeting». Véase ARMSTRONG, Richard. A century of service: a centennial history of the NCCUSL (1991); COULSON, Richard. The NCCUSL and the control of law-making - a historical essay-. En: 16 OKLA. CITY U. L. REV 1991, pág. 295.

La Constitución de la NCCUSL contiene otro párrafo denominado «Historia». En éste, se nota que «Una confusión entre las leyes de los varios estados podría presentar, en algunos campos, un desaliento al flujo libre de bienes, créditos, servicios y personas entre estados; restringir el pleno desarrollo económico y social; y generar presiones para una intervención federal para exigir la uniformidad». La NCCUSL busca aliviar esos problemas.

(3) Constitución de la NCCUSL, Párrafo 2: «Organización». California, el estado más poblado, tiene trece comisionados ante la NCCUSL. Sirven un término de tres años, renovables. Según la Constitución, es práctica común de los gobernadores reanudar, sin respeto a su afiliación política, a los comisionados, quienes han participado activamente en el trabajo de la Conferencia. Después de veinte años de servicio, se hacen comisionados vitalicios.

(4) Una selección casual de esas leyes generalmente aceptadas y promulgadas, algunas muy limitadas mientras otras son globales y orgánicas en su alcance, incluye leyes uniformes de: regalos anatómicos, arbitraje, jurisdicción sobre custodia de niños, compra-venta, títulos valores, bonos de depósito, Código Uniforme de Comercio, sustancias controladas, sentencias declaratorias, transferencias fraudulentas (acciones paulianas), manejo de fondos institucionales, sociedades en nombre colectivo (*partnership*), fotocopia como prueba, Código Uniforme de Testamentos y Sucesiones, simplificación de transferencias fiduciarias, y bienes no reclamados.

enmendadas», según la clasificación de la NCCUSL⁽⁵⁾. Otras *uniform laws* han caído sin promulgarse en ningún estado⁽⁶⁾.

10. Las Leyes Uniformes de la NCCUSL no tienen ninguna vigencia fuera de su promulgación en los estados.

La NCCUSL y otras entidades semejantes funcionan al servicio del Poder Legislativo y son completamente dependientes de él, de donde proviene toda vigencia de sus propuestas leyes. Debido a su prestigio y renombre, la NCCUSL ha tenido un efecto importante en la armonización de las leyes estatales en los Estados Unidos, como podría apreciar por la relación de sus éxitos adjunto aquí.

11. Los *Restatements* del American Law Institute (Instituto del Derecho Americano), o ALI declaran los principios del Derecho americano.

Más importante para nuestro enfoque aquí, sin embargo, es otro esfuerzo por declarar (aunque no legislar en el sentido formal) el contenido sustancial del Derecho estatal en una forma nacional, o «americana», paralela pero hondamente distinta de la tarea de la NCCUSL.

En 1923, cientos de abogados, jueces y catedráticos -la crema de los juristas estadounidenses de la época- asistieron a una reunión en Washington, D.C., donde organizaron el *American Law Institute*, o ALI. Su propósito, expresado en su estatuto, era «promover la clasificación y simplificación del Derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, asegurar la mejor administración de justicia y alentar y realizar trabajos académicos y jurídicos».

Cuando salió el primer tomo del *Restatements of Contracts*, en 1932, elaboró el prefacio William Draper Lewis, Director del ALI en ese entonces, quien señaló: «...para clarificar y simplificar el Derecho y entregárselo

más acertado, el primer paso tiene que ser la preparación de un *Restatement* ordenado del *Common Law* (...) La función del Instituto [ALI] es la de declarar clara y precisamente a la luz de la jurisprudencia los principios y reglas del *Common Law*».

Como comentó después el desaparecido privatista Willis L.M. Reese, por muchos años miembro del ALI, «En el concepto de los organizadores, 'clarificación y simplificación', sin lugar a dudas, fueron las palabras claves en esa declaración de propósitos. Se temía que los principios fundamentales del *Common Law* se oscurecían por el número siempre multiplicador de sentencias judiciales [en todos los estados]. Se necesitaba formar una organización de abogados cuya función, entre otras, sería la de identificar a través de investigaciones cuidadosas, pacientes y académicas las reglas existentes del *Common Law* y entonces declarar estas reglas en la forma más clara y precisa que fuera posible»⁽⁷⁾.

12. El ALI respondió a la preocupación de la abogacía estadounidense de perder todo orden en su *Common Law*, dispersado entre los estados y aplicado a sus diversos tribunales independientes.

En términos directos, antes de la formación del ALI, los abogados de los Estados Unidos vivían en un sistema variable, a un grado insoportable de un estado a otro. Cuando, respecto al Derecho en los Estados Unidos, uno empezaba a decir un principio básico como «El contrato de compra-venta sobre un inmueble tiene que ser escrito», todos sabían que habían múltiples excepciones, según cada estado: «Salvo en Carolina del Norte, donde se podría sustituir por tres testigos personales de la oferta y la aceptación, según una sentencia del tribunal de ese estado; o en Massachusetts, donde el pago de un dinero constituirá según sentencia de su tribunal; o en Ohio, donde...». Las excepciones nunca paraban, o peor todavía, nadie sabía donde paraban, y los juristas lamentaban la pérdida del «común» de su

(5) Por ejemplo: testigos de otro estado, certificación de la muerte, reconocimiento de sentencia extranjera (procedente de otro estado dentro de los EE.UU.), registro de los embargos federales, sociedad en comandita simple (*limited partnership*), ejecución recíproca de mantenciones, secreto industrial, y transferencias a menores.

(6) De las leyes uniformes actualmente bajo consideración activa, con su año de aprobación por la NCCUSL: corrección o clarificación de la calumnia (1993), voluntad sobre atención médica (1993), garantía en bienes inmuebles (1985), títulos comerciales (1990), pago de sentencias por vencimientos (1990), comunidades planificadas (1980), procedimientos post-convicción (1980), padres putativos y desconocidos (1988), interpretación de normas (1993), transferencia de litigios (1991), y víctimas de crimen (1992).

(7) REESE. «Unification of Common Law rules: the role of the American Law Institute». En: HAZARD y WAGNER (editores). *Legal thought in the United States of America under contemporary pressures*. 1970, págs. 171-172.

Common Law frente a la proliferación de fallos estatales que no se coordinaron ni se respetaron fuera de los confines de su propio estado.

“*Las excepciones nunca paraban, o peor todavía, nadie sabía donde paraban, y los juristas lamentaban la pérdida del «común» de su Common Law...*”

13. Entre 1923 y 1944, el ALI redactó normas que expresaron el Derecho americano en los campos civiles más importantes.

Apuntando campos que estimaron fundamentales y capaces de una expresión acertada -sin pretender entrar en campos como el Derecho Constitucional y el Derecho Familiar, que se consideraron demasiado fluidos y emergentes- los organizadores del ALI emprendieron una época de veintidós años (1923-1944, abarcando la Gran Depresión y parte de la Segunda Guerra Mundial) en el cual terminaron la redacción, discusión y aprobación de *Restatements* del Derecho ⁽⁸⁾ sobre:

1) Contratos, en dos tomos, 1923-1932;

- 2) Poderes (*agency*), en dos tomos, 1923-1933;
- 3) Fideicomisos (*trusts*), en dos tomos, 1927-1935;
- 4) Rein vindicación (*restitution*), en un tomo, 1933-1937;
- 5) Responsabilidad civil o extracontractual, en cuatro tomos, 1923-1939;
- 6) Garantías, en un tomo, 1936-1941;
- 7) Sentencias, en un tomo, 1940-1942;
- 8) Bienes y Derechos Reales, en cinco tomos, 1927-1944;

14. Los *Restatements* son una fuente positiva y concreta del Derecho estadounidense.

Con esos *Restatements* el ALI logró poner normas para los campos principales del Derecho Civil «americano». Obra difícil en cierto concepto, porque en los Estados Unidos no existe un Derecho nacional americano, sino un Derecho estatal de cincuenta estados distintos más la posibilidad de reglas especiales tocantes a cuestiones federales. No obstante, hemos evolucionado en los Estados Unidos con los *Restatements* una especie de fuente uniforme y armónica aceptada, confiada y referida por abogados y tribunales estadounidenses. En el sentido formal, los *Restatements* no son legislación porque no los promulga un Poder Legislativo propiamente conocido y elegido por el pueblo, ni estatal, ni federal. Los redactan comités de especialistas en cada materia, y los debaten y aprueban en un foro de alrededor de quinientos juristas de élite, procedentes del Poder Judicial, abogados en ejercicio, y académicos, quienes componen el ALI. No obstante, el *Restatements of Contracts* no dilata su pretensión de expresar normas definitivas y completas en el campo de obligaciones contractuales, aplicables en todos los tribunales de los Estados Unidos. Quien quiera estudiar el Derecho estadounidense de esta materia, u otra materia declarada en la misma forma, debe empezar con un *Restatement*.

(8) Así los llamaron: *Restatements of the Law of Contracts*. Se podría traducir como. «Reformulación del Derecho de los Contratos». Tuve que decir «podría» traducir, ya que la palabra *Restatement* es de difícilísima traducción. «Reformulación» queda en la mejor de las condiciones como una aproximación, pues, una traducción exacta no existe. En el mismo inglés original su definición no es muy clara. Aparte de su uso por el ALI, es una palabra inusitada. Mientras todo abogado la reconoce al instante, el pueblo de habla inglesa la encontrará muy esotérica y arcana, aun cuando se capta el sentido general.

La selección de la palabra empieza a tomar dimensiones generales cuando uno se concentra en sus implicaciones. Implica no una declaración o exposición original sino una «reformulación», una «confirmación» de algo ya existente, quizás una «insistencia en la formulación ya hecha» o hasta una «redeclaración». O sea, no pretende inventar nada; su pretensión consiste en descubrir, en «clarificar y simplificar el Derecho y entregárselo más acertado». Véase el párrafo 11 supra.

Es más, se trata del «Derecho de Contratos», una expresión de competencia que no admite límites salvo en el título general del ALI, el Instituto de Derecho Americano (¡Ojo!, no es el Instituto Americano de Derecho) y de su proyecto, el *Restatement*, o reformulación, del Derecho americano, o sea de todo el Derecho americano en cuanto a contratos, o sentencias, o cualquier otra materia tratada. ¡Aquí sí tenemos pretensiones! Si no pretende inventar el Derecho americano del Contrato, sí pretende organizarlo en su totalidad y hacer de ello una expresión válida en todos los estados de la unión.

15. La fuerza y la aceptación de los *Restatements* como fuente deriva del prestigio e influencia de los miembros del ALI.

Debido a la influencia y prestigio de sus miembros, los *Restatements* del ALI han gozado de una aceptación cada vez mayor ante los tribunales de los Estados Unidos. Entre los organizadores estuvo William Howard Taft, ex-Presidente de los Estados Unidos y, en ese momento, Presidente de la Suprema Corte, y otras eminencias de influencia nacional. El primer presidente del ALI fue George Woodward Wickersham, ex-Procurador General de los Estados Unidos, y su primer Director fue William Draper Lewis, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania. El desaparecido Charles Clark, jurista eminente que participó en la redacción del primer *Restatement* de Contratos como catedrático de Yale y después como juez en la Corte Federal de Apelaciones, escribió: «Un *Restatement*, pues, no puede tener más autoridad que ser el producto de juristas compenetrados en la materia, quienes lo han estudiado y deliberado. No necesita otra y ¿qué podría ser de más categoría?»⁽⁹⁾.

En especial, podría señalar la participación del Poder Judicial en el foro del ALI. Los jueces miembros estarán forzosamente informados sobre las normas redactadas, discutidas y aprobadas en el ALI. Sobre la banca en el tribunal tendrán la oportunidad de aplicar esas normas en casos concretos. Mientras tanto, los abogados citan a los *Restatements* en sus alegatos como una fuente de referencia común y autoritativa, sobre todo cuando se enfrenta un problema nuevo donde no existe ni ley ni jurisprudencia definitiva en su estado. Los tribunales corresponden con frecuentes y repetidas referencias en las sentencias judiciales⁽¹⁰⁾, donde se vuelven a los *Restatements* como una fuente impecable de las doctrinas que rigen para los Estados Unidos en cuanto a las materias tratadas.

16. Antecedentes históricos que definieron a los *Restatements*: actitudes estadounidenses en cuanto a la codificación.

Aunque los Estados Unidos tiene la fama de ser la tierra del Derecho consuetudinario, en el siglo XIX, hubo esfuerzos serios en pro de codificar su Derecho. Para formar una conciencia completa de las fuentes del Derecho de los Estados Unidos, hay que asimilar las líneas generales de esa historia. Después de la Revolución, hubo un rechazo de las instituciones inglesas y una aceptación de las cosas francesas, en especial en la época de Thomas Jefferson, que culminó en su presidencia. El Código Civil francés de 1804 había fascinado a muchos intelectuales en los Estados Unidos, pues era producto de los mismos valores que habían dado lugar a la Revolución Americana, la Declaración de Independencia y la Constitución de 1787.

Aparte de los civilistas, los mismos juristas del *Common Law* aceptaban y predicaban las virtudes de la codificación. Las críticas del Derecho inglés hechas por Jeremy Bentham, quien abogó en favor de un Derecho codificado en su obra «Introduction to principles of morals and legislation»⁽¹¹⁾, tuvo su influencia en los Estados Unidos. Bentham ofreció sus servicios como codificador a varios estados de la nueva nación y al gobierno federal, aunque nunca lo aceptaron⁽¹²⁾. Luces menores en Inglaterra como Sir Samuel Romilly (intentó codificar el Derecho Penal y redactar una Ley de Quiebras, pero sus borradores no llegaron al Parlamento) y Henry Peter Brougham también alentaron los movimientos de la codificación dentro del *Common Law*; y Edward Livingston, redactor del Código Penal de Louisiana en 1824, hizo su parte en los Estados Unidos. En 1835, la legislatura de Massachusetts creó una comisión para investigar la deseabilidad y factibilidad de codificar el *Common Law* de ese estado, y en 1836 se informó en favor de tal medida, aunque nunca se realizó.

(9) CLARK. «The Restatement of the Law of Contracts». En: 42 YALE L.J. 1933, págs. 643-655.

(10) El ALI mantiene un servicio llamado *Restatement in the Courts* (los *Restatements* en los tribunales), que cita a toda referencia a los *Restatements* en una sentencia judicial en los EE.UU. Son impresionantes las entradas, llegando a miles por año.

(11) La primera edición se publicó en 1780, pero nuevas ediciones corregidas por el autor salieron hasta 1823. Dumont tradujo la obra al francés en 1802, con el título «Traité de législation civile et pénale». A través de la traducción, «se podría considerar [el libro de Bentham] como una 'Biblia' de codificación en siglo XIX». COING, Helmunt. «An intellectual history of european codification in the eighteenth and nineteenth centuries». En: STOLJAR, S.J. Problems of codification. Camberra, 1977, págs. 16-19.

(12) Vease, Letter to James Madison, then President of the Congress of the American United States (1811); Letter II to the Citizens of the Several American United States (1817); Codification proposal, addressed to all nations professing liberal opinions (1822). Todos en: BOWRING, John. Works of Jeremy Bentham. Tomo IV. págs. 453, 478, 535.

17. David Dudley Field y sus códigos (1847-1889).

En Nueva York, el energético abogado David Dudley Field convenció al Congreso Constituyente de 1846 para incluir en el texto de la Constitución estatal la creación de comisiones para reformar el Código de Derecho adjetivo y sustantivo neoyorquino. Field seguía dedicado a este trabajo hasta morir en 1894, a los ochenta y nueve años. Field redactó cinco códigos: civil, penal, procesal civil, procesal penal, y político, pero sus sueños estuvieron mayormente frustrados. Él tuvo la mala suerte de entrar en el campo justo cuando la estrella de la codificación estuvo disminuyendo frente a la escuela histórica de Savigny y sus discípulos en Alemania, quienes sostuvieron que un sistema jurídico tenía que madurarse y definirse antes de codificarse.

18. Los ataques de Carter y otros opositores rebatieron los Códigos Field en Nueva York, e hicieron daño permanente al concepto de la codificación en los Estados Unidos.

James Coolidge Carter se hizo el verdugo de Field en el foro neoyorquino, cristalizando la oposición de la barra neoyorquina en contra de los códigos alrededor de su concepto del «patrón social de justicia»⁽¹³⁾ una aplicación de las teorías de Savigny al Derecho estadounidense. Convenció a la barra de la ciudad de Nueva York en clasificar la iniciativa de Field como «el peor desastre que jamás ha amenazado al Estado de Nueva York»⁽¹⁴⁾. Carter tachó la codificación por cuatro defectos: 1) anticientífica en su teoría, 2) un fracaso comprobado por la experiencia, 3) rechazada por el peso de juristas compenetrados en la materia, y 4) en el caso de entrar en vigencia, sería el origen cierto de siete maldades ausentes en un régimen de Derecho consuetudinario. Todos los puntos de Carter fueron polémica y demagogia, alegatos de un abogado en pleno argumento, pero las siete maldades se pegaron en la con-

ciencia de la profesión estadounidense y nos acompañan hasta el día de hoy. Carter dijo que un código:

- 1) Debido a la imposibilidad de conocer el futuro, introduciría muchos errores en el Derecho;
- 2) Precluiría el desarrollo del Derecho Privado por la jurisprudencia;
- 3) Bloquearía toda mejora en el Derecho por las investigaciones y el análisis de los juristas;
- 4) Exigiría argumentos a base de palabras y no los permitiría a base de principios;
- 5) Introduciría en el Derecho la incertidumbre latente en el lenguaje humano y la tendencia de evitar resultados injustos, aun cuando sean exactos, según el sentido natural de las palabras de la norma;
- 6) Tendría que enmendarse a cada rato, así se sacrificaría la estabilidad del *Common Law*; y
- 7) Cancelaría para siempre la posibilidad de unificar el Derecho de todos los estados de idioma inglés.

En luz del año 1996, caen anacrónicos y absurdos los argumentos de Carter, pero triunfaron en su día. Carter tuvo bien en agregar una calificación de la codificación como un proceso no solamente anticientífico, sino también antidemocrático, apto para una Europa monárquica pero no para el nuevo mundo.

Como comentó el jurista Roscoe Pound, «Carter predicó, porque tuvo todo el fervor de un predicador, que la legislación, salvo cuando declaratoria, era un intento fútil para hacer lo que no se pudo hacer; que el Derecho se tuvo que encontrar por los tribunales y los juristas en el descubrimiento y la aplicación de principios que expresaban la experiencia de la vida de un pueblo, tomando forma en costumbres de acción popular. Así se acertaba los preceptos que salieron de la convicción del pueblo sobre lo justo...»⁽¹⁵⁾.

Algo tuvo que ver en la resistencia a la iniciativa de Field los intereses creados de una abogacía ya hecha en el sistema vigente, reaccionaria frente a cualquier amenaza de cambio⁽¹⁶⁾. No obstante, tuvo éxito en pintar a Field y sus códigos de sospechosos, subversi-

(13) El *social standard of justice*, en el inglés original. Véase CARTER. «The proposed codification of our Common Law». En: 24 AMERICAN L. REV. (1890). Este ensayo se publicó originalmente en 1884, cuando Carter lo preparó a pedido de un comité de la barra de la ciudad de Nueva York.

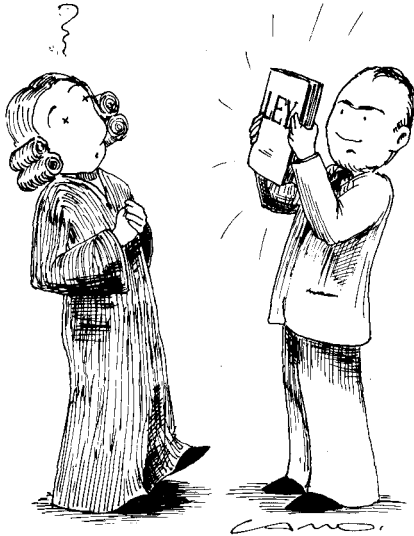
(14) ASSOCIATION OF THE BAR THE CITY OF NEW YORK. Fourth annual report. 9.

(15) POUND. «David Dudley Field: an appraisal». En: REPPY (editor). David Dudley Field: centenary essays. 1949, págs. 3-7.

(16) Alexis de Toqueville comentó en cuanto al debate sobre la codificación: «Generalmente, los hombres americanos del Derecho cantan enfáticamente los elogios del *Common Law*. Se oponen la codificación con todos sus poderes, tal como se explicará en la forma siguiente. Primero, si se hiciera un Código de Leyes tendrían que empezar a estudiar de nuevo. Segundo, el Derecho deviniendo en accesible al pueblo común, perdería una parte de su importancia. Ya no serían como los sacerdotes egipcios, los únicos intérpretes de una ciencia oculta».

vos del camino democrático y saludable que se había definido para el Derecho en los Estados Unidos.

Carter dio voz a una honda resistencia a los esfuerzos de Field; fuertes intereses dentro de la profesión se unieron en un movimiento exitoso de rechazar los «Códigos Field». En el proceso dejaron manchada para siempre en los Estados Unidos la idea básica de la codificación.



19. Los Códigos Field no fueron un fracaso completo; se promulgaron en algunos estados.

Curiosamente, los Códigos Field se promulgaron en algunos estados. El único de sus esfuerzos que se hizo ley en Nueva York en la primera iniciativa, fue su Código de Procedimientos Civiles de 1848. Éste despertó un movimiento que llegó a veinticuatro estados antes de 1875. Nuevamente, sin embargo, desató polémica entre los litigantes del código (*code pleaders*) y los litigantes del *Common Law* (*Common Law pleaders*) que duró hasta 1934, cuando ganaron definitivamente los procesalistas del código escrito⁽¹⁷⁾.

Su Código Civil se aprobó varias veces en la legislatura, pero lo vetaron los gobernadores respectivos, la última vez en 1884, casi cuarenta años después de los primeros esfuerzos de Field. Mientras tanto, entró en vigencia en California, Montana, Georgia,

Dakota del Sur y Dakota del Norte. California y Montana también adoptaron el Código Penal hecho por Field. El hermano de Field, Stephen, llevó el Código Civil a California y allí, en un estado relativamente joven y menos rígido en sus tradiciones y grupos de interés, la legislatura promulgó el Código Civil en 1873⁽¹⁸⁾. Su vigencia no pasó mucho de lo simbólico. Sin embargo, en California y en otros estados sigue entre las normas oficiales hasta la fecha, sin gozar de una mayor aplicación en la práctica. Ni los abogados ni los tribunales lo toman en cuenta como fuente primordial del Derecho.

20. Las bases del *Common Law* estadounidense o americano. La historia configura el presente.

El sistema estadounidense ha evolucionado en una forma muy distinta del sistema peruano, los dos definidos por la formación y tradición de sus juristas. El jurista estadounidense inevitablemente se ha formado dentro de y proveniente de una tradición de Derecho consuetudinario. Pero, ¿en qué consiste la política y la práctica judicial de definir el Derecho por las fuentes consuetudinarias?

21. El método del Derecho consuetudinario en su formulación y aplicación clásica.

Hasta las primeras décadas de este siglo, en muchos de los estados todo el Derecho -adjetivo y sustantivo- de los Estados Unidos, se encontraba en los precedentes, o las sentencias pronunciadas por los tribunales de apelaciones estatales y federales. El principio básico que hizo funcionar el sistema era el de *stare decisis*. Obligaba, dentro de la misma jurisdicción, la aplicación repetida de cualquier regla expresada en la sentencia judicial resolutoria de una controversia, siempre y cuando la regla fuera clave a la resolución. O sea, el principio de *stare decisis* decretaba que una regla esencial a la resolución de una controversia, derivada y aplicada por el tribunal para fundar y motivar su decisión, regía desde ese entonces y tenía que aplicarse a todas las controversias semejantes que se presentarían en la misma jurisdicción después. No cabía volver a cuestionar la regla una vez identificada y expresada en una sentencia judicial emanada del nivel judicial más alto de la jurisdicción, o *ex cathedra*.

(17) Véase al párrafo 34 supra.

(18) Stephen J. Field fue nombrado a la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde sirvió treinta y cuatro años entre 1863 y 1897, el término más largo en la historia de la Corte hasta William O. Douglas, quien cumplió treinta y seis años entre 1939 y 1975.

En la época dorada del *Common Law* estadounidense, según la teoría pura, los tribunales se portaban como el hombre tan conservador que nunca iba a un lugar donde no había estado antes⁽¹⁹⁾, y jamás salieron fuera de los límites geográficos de su propio Estado.

La regla esencial o las reglas esenciales establecidas por una sentencia se conocen como el *ratio decidendi*. Si el tribunal incluyó en el fallo comentarios u opiniones que no se relacionaban directamente con la resolución inmediata de la controversia, éstos no sentaron jurisprudencia. Se los calificaron *obiter dictum*, o innecesarios, y se podrían ignorar en las controversias siguientes.

22. Principios básicos del sistema del Derecho definido por el método del *Common Law*.

En los Estados Unidos, según la formulación clásica el sistema jurisprudencial no dependía de sentencias repetidas consecutivamente. El tribunal «encontraba» la doctrina aplicable a un juego de hechos específicos, ya existente en la naturaleza. Decía no crear o inventar una resolución, sino seguir un proceso implícito a su conclusión inevitable. No hubo ninguna situación factible que escapara al Derecho existente; el Derecho consuetudinario era comprensivo por naturaleza. Según el concepto, abarcaba toda la experiencia humana. No admitía ninguna circunstancia nueva ante el Poder Judicial. El Derecho consistía en un banco de doctrinas y principios expresos y sus aplicaciones latentes, suficiente para todo y sin límites, aun cuando no se había expresado su contenido en normas concretas. Así decía Holmes, en su expresión famosa: «El sendero del Derecho no ha sido la lógica, ha sido la experiencia»⁽²⁰⁾. Se puede imaginar la capacidad de manejo de la jurisprudencia engendrado en la abogacía estadounidense. Los argumentos sobre el sentido de una sentencia; si alguna de sus disposiciones se califican de *ratio decidendi* o sólo de *obiter dictum*; sobre el efecto de una «línea de precedentes». Todo eso dio sabor y oficio a la profesión

en la época clásica del *Common Law*.

23. La eficiencia económica del *Common Law*.

El cuerpo del *Common Law*, o sea todas las sentencias publicadas, se desarrolló en el tiempo con una evolución constante. El precedente de una sola sentencia será tentativo y frágil, mientras que su aplicación repetida en varias circunstancias semejantes y análogas lo refortalecerán y esclarecerá. El distinguido jurista Richard A. Posner escribió «una acumulación de precedentes que tratan la misma cuestión podría crear una regla de Derecho con la misma fuerza de una norma legislativa explícita»⁽²¹⁾. Posner sostiene que el proceso del *Common Law* garantiza un cuerpo de reglas precedenciales bajo el principio de *stare decisis* que tiene en favor de la eficiencia económica, la repartición de recursos que les da su máximo valor. El cuerpo de la jurisprudencia se podría ver como un bien de capital, una provisión de conocimientos sobre las consecuencias legales de las variadas circunstancias que afectan las relaciones humanas⁽²²⁾. Como cualquier bien de capital, se menospreciará sobre el transcurso del tiempo, porque la obsolescencia alcanzará constantemente a varias de las reglas precedenciales que lo componen. Mientras tanto, sin embargo, nuevos precedentes emergerán del proceso, manteniendo el valor total del sistema.

El proceso global del *Common Law* entonces trabaja hacia un cuerpo de reglas eficientes. Cuando se empieza a enfrentar a una cuestión, las sentencias suelen ser dispersas y contradictorias, creando incertidumbre. Pero la incertidumbre hará un incentivo a las partes afectadas para litigar las controversias cuya resolución depende de la cuestión, hasta llegar a una certeza eficiente en la jurisprudencia. El fenómeno se comprobó históricamente en muchos campos -el problema de los accidentes de tránsito que se producían con el advenimiento del automóvil es un ejemplo obvio- donde se suelta una racha de sentencias hasta definir los dere-

(19) No obstante, la teoría del *stare decisis* en los EE.UU., nunca llegó al grado rígido que tenía en Inglaterra, donde no admitió ni la posibilidad de un cambio en una regla impuesta en una sentencia anterior. En los EE.UU., los tribunales podían razonar e imponer un cambio en una regla jurisprudencial, y lo hicieron, aunque no muy a menudo.

(20) HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. (1880). Holmes añadió: «Las necesidades sentidas de la época, las teorías políticas y morales prevalecientes, las instituciones del orden público, expresadas o inconscientes, hasta los prejuicios que los jueces comparten con sus cohabitantes, tienen mucho más que el silogismo que ver con la determinación de las reglas por las cuales los hombres deben de gobernarse».

(21) POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 1992, pág. 539.

(22) Loc. cit.

chos y obligaciones jurídicas que rigen para una situación, y después baja a casi nada la jurisprudencia producida referente a ella. Si unos precedentes son ineficientes en sus efectos, o porque producen incertidumbre o porque sientan una regla ineficiente, habrá un incentivo para seguir atacándolos en los tribunales. Las partes afectadas volverán a apelar la cuestión hasta que el efecto en conjunto de la jurisprudencia le habrá contestado «correctamente», sentando una regla del *Common Law* eficiente en sus efectos ⁽²³⁾.

24. Falta de un Derecho nacional que rigiera en los cincuenta estados.

Hubo, de todos modos, un problema que complicó el panorama, cuando se lo miraba con perspectiva nacional. En los Estados Unidos nunca había, ni podía haber una jurisprudencia nacional, o sea, verdaderamente «común». No disfrutaban de una nación unitaria, como la que dio luz al *Common Law* en Inglaterra. Obviamente, en una jurisdicción única como Inglaterra, el *Common Law*, estructurado y aplicado bajo los principios de *stare decisis* y *ratio decidendi*, ejerció una tremenda fuerza unificadora. Los Estados Unidos vivieron otra experiencia. Políticamente, se trataba de una federación de estados, cada uno con su propio Derecho, derivado de sus propios procesos jurídicos. Ningún Estado estuvo comprometido a seguir los precedentes producidos en otro Estado en la definición de sus reglas casuísticas ⁽²⁴⁾, que obligaban exclusivamente en el Estado de su origen. En la práctica, por supuesto, los Estados prestaban atención a las sentencias uno del otro, pero existían «discrepancias entre jurisprudencias» (*splits of authority*) cuando varios Estados disponían de una forma sobre un problema de Derecho y varios otros Estados lo resolvían en forma distinta. A menudo, múltiples teorías contrarias brotaron en las jurisprudencias de los varios Estados.

25. Otras dificultades introducidas por el *Common Law* federal interpuesto por encima del *Common Law* de cada Estado.

A las fuertes variaciones en el Derecho que salieron entre los Estados se tuvo que agregar otra complicación ausente en Inglaterra: el sistema federal. Los tribunales estatales fueron de una «competencia general», o sea, aceptaban cualquier causa mientras tuvieran poder jurisdiccional sobre la persona y/o los bienes del demandado. Los tribunales federales fueron de una «competencia limitada», según lo definió el Congreso. En términos generales, la competencia federal de primera instancia se limitó a controversias entre ciudadanos de Estados distintos («diversidad de ciudadanía»), que abarcó también el juicio en donde una de las partes era extranjero) sobre una cuantía por encima de una suma mínima.

Hubo una ley del Congreso que declaraba, «las leyes de los varios estados (...) se tomarán como las reglas de decisión en los juicios de *Common Law*, en los tribunales [federales] de los Estados Unidos, en los casos donde sean aplicables» ⁽²⁵⁾. Podía fácilmente suponer que esa ley obligaba a los tribunales federales a respetar y guiarse por las leyes y jurisprudencias del Estado donde se hizo sus oficios. Sin embargo, los tribunales federales desarrollaban su propio *Common Law* desde 1842, cuando la Suprema Corte sentenció en el caso de *Swift vs. Tyson*: «...en cuanto a contratos y otros documentos de una naturaleza mercantil; su verdadera interpretación y efecto se deberán buscar, no en las sentencias de los tribunales locales [estatales], sino en los principios y doctrinas generales de la jurisprudencia comercial.» ⁽²⁶⁾.

En los años siguientes a la brecha abierta por *Swift vs. Tyson*, la Suprema Corte extendió la doctrina a la aplicación de las leyes y constituciones estatales («una salida chocante», en las palabras de un jurista ⁽²⁷⁾,

(23) *Ibidem*, págs. 540-542. Todo el libro de Posner trata el concepto. Él distingue el proceso legislativo, cuyas normas se caracterizan por no ser eficientes en el criterio económico. Véase, *Ibidem*, págs. 542-547, pero ese también es un tema global en su obra.

(24) Aunque por la cláusula constitucional de Plena Fe Crédito (*Full Faith and Credit*) se tiene que respetar y ejecutar la sentencia de un estado hermano. Constitución estadounidense. Artículo IV, S1. Existen conflictos de leyes entre los Estados Unidos, pero siempre dentro de la unidad obligada por la cláusula referida. En Inglaterra no puede haber conflictos internos de leyes.

(25) 1 STAT. 92, S,34 (1789), 28 U.S.C. S725. Se trata de la famosa *Judiciary Act* de 1789, que estableció los tribunales federales inferiores a la Suprema Corte y definió su competencia y función.

(26) 41 U.S. 1, 19; 10 L.Ed. 1842, pág. 865.

(27) REPPY. «The Field codification concept». En: REPPY (editor). David Dudley Field: centenary essays. 1949, págs. 17-28.

porque quiso decir que los estados no pudieron pronunciarse definitivamente ni sobre sus propias normas concretas), las responsabilidades civiles en general, a los bienes inmuebles, y hasta un sistema federal para la resolución de conflictos de leyes⁽²⁸⁾.

Sobre todo en asuntos mercantiles, esa configuración presentó la posibilidad de iniciar la demanda de muchas disputas o en el tribunal estatal, de competencia general, o en el federal, aunque su jurisdicción era limitada. Las partes no ignoraban el dato que el Derecho variaba entre las dos competencias. Tomando en cuenta ese fenómeno de precedentes en oposición, aunque precedentes de tribunales que se enfrentaron sobre la misma calle, resultaron muchas «carreras al tribunal» para ver quién presentaba primero la demanda, buscando hacerlo en el foro que más la favoreciera. Quien ganaba la carrera, ganaba el juicio. Esa característica, por encima de las jurisprudencias variadas entre Estados⁽²⁹⁾, complicó la visión de los que abogaron por la existencia de un Derecho nacional, con bases consuetudinarias ordenadas y consistentes, majestuosas en su desarrollo.

26. Los juristas estuvieron preocupados sobre la anarquía en el Derecho de un estado a otro y sus implicaciones para la unión federal.

Ese efecto preocupaba a los juristas, porque desmintió la teoría de un sistema jurídico ordenado y dio lugar a sospechas de un sistema anárquico que, dentro de la federación de Estados supuestamente unida, careció de armonización, orden y sentido. En otro dicho famoso de Holmes: «El Derecho consiste en lo que los jueces, de hecho, hacen»⁽³⁰⁾. O sea, el Derecho consuetudinario no era tan preordenado sino una casualidad muy accidentada e impredecible.

27. Los comentaristas empezaron a escribir tratados sobre un *Common Law* global, pero sus tratados no hicieron fuentes.

No obstante, Holmes no creía en un Derecho sin orden ni razón. Empezó su libro, «The Common

Law», con esta declaración: «El objeto de este libro es presentar una vista general del *Common Law*». Publicado en 1980, el libro formó parte clave del catequismo de la Facultad de Derecho que estableció Christopher Columbus Langdell en Harvard en 1876. En «The Common Law», Holmes escribió un tratado sobre el Derecho privado de los Estados Unidos, sin enfocarse en ningún estado en especial. O sea, Holmes encontraba y comentaba un Derecho estadounidense de obligaciones contractuales (*contracts*), de obligaciones extracontractuales (*torts*), bienes inmuebles (*property*) y de otras materias, aun cuando tenía que combinar los precedentes de varios Estados para elucidar su doctrina «nacional». Con la publicación de los comentarios de Holmes, se puso prueba razonada y demostrada del cuerpo de un Derecho sistematizado, ordenado y predecible, no obstante su desarrollo aparentemente casual. Hubo comentaristas que precedieron a Holmes: Joseph Story y Simon Greenleaf en Massachusetts, por ejemplo. Los otros no aplicaron la visión global de Holmes, quien abarcó toda la materia civil, pero ni Holmes tuvo intención de dejar una fuente del Derecho. Manejó los temas con habilidad, y los ordenó intelectualmente, pero su libro no pasó de ser más que un comentario interesante, acogedor y polémico, pero no autoritativo ni obligatorio en los tribunales. «The Common Law» de Holmes era un libro admirable por su organización y aportaba una descripción global y razonada de los principios y doctrinas que constituía un Derecho «nacional», pero era notable por ser la visión de Holmes, sin ninguna garantía para su aplicación en la práctica. En efecto, cada Estado más los tribunales federales siguieron emitiendo sus propios precedentes judiciales⁽³¹⁾.

28. Precisaba encontrar un mecanismo para terminar con la anarquía del *Common Law* de una jurisdicción a otra, para armonizarlo.

En total, los juristas llegaron a los finales del siglo XIX muy tranquilos con el estado del Derecho. No quisieron codificarlo, pero reconocieron sus defectos y discrepancias. Aceptaron la idea de una unión política,

(28) Véase WRIGHT, Charles Alan. *Law of Federal Courts*. 1994, págs. 369-374. El profesor Wright es actualmente el presidente del ALI.

(29) Que dieron lugar a otras carreras al tribunal, pero al menos en estados distintos.

(30) HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. 1880.

(31) La publicación de las sentencias emitidas en apelación por los tribunales supremos de cada estado fue otro suceso determinante en el desarrollo del Derecho americano en el siglo XIX, porque hizo alcanzables a la abogacía y a las facultades de Derecho todas las resoluciones. Era un fenómeno económico, pues era un negocio para algunas editoriales emergentes, pero ejerció profundos efectos doctrinales sobre la evolución del Derecho en los Estados Unidos.

pero reconocieron que las fuentes de Derecho, tan discrepadas y variadas, necesitaban armonizarse para efectuar una unión estable y fuerte. A fines del siglo XIX, el Derecho estadounidense se caracterizó por su diversidad y multiplicidad de competencias, que crearon una anarquía federada. En el momento de buscar los precedentes que controlaban la resolución de una controversia, un tribunal estatal no observaba ningún deber de tomar en cuenta los precedentes emitidos en otros Estados. Sobre todo, el Derecho «nacional estadounidense» padeció de una confusión irreconciliable de fuentes. Era un Derecho consuetudinario en su estado más puro, que dio la mentira al *Common Law* como un sistema común de Derecho. El sentido literal del término no tuvo aplicación en los Estados Unidos.

29. El ALI entró en el vacío con un método para definir el Derecho nacional.

Frente a esa situación nacional caótica, la NCCUSL, interpuso la posibilidad de leyes uniformes, ofreciendo sus resultados a las legislaturas estatales, para que ellas las promulguen como sus propias normas. La acogida fue positiva, pero relativamente limitada, pues la armonización a base de leyes uniformes es lenta y sujeta a las vicisitudes políticas. No pretende abarcar las líneas grandes del Derecho en general. En el vacío, entró el ALI para conquistar un campo más amplio, con vistas al Poder Judicial. O sea, el ALI pretendió cumplir con la etapa legislativa, pero en líneas arquitectónicas, produciendo una norma concreta para el uso judicial. O por casualidad o por plan calculado, la composición del ALI dotó a su obra de fuerza y credibilidad. Probablemente cobra más autoridad que la misma norma legislativa en los ojos del Poder Judicial; es vino de la bodega familiar, y nada ajeno. Lo elaboraron, los mismos jueces que lo aplicarán, junto con los mismos abogados que lo alegarán y los mismos académicos que lo comentarán.

30. En su comienzo, el ALI insistió mucho en que su función era solamente reformular la jurisprudencia existente.

La tarea definida del ALI en la redacción de los *Restatements* era reformular las declaraciones judiciales encontradas en toda la jurisprudencia nacional. O sea, ordenar y armonizar el Derecho jurisprudencial; reconciliar las aparentes diferencias y comprobar que existió

una doctrina común latente en la aparente anarquía que mortificaba el sector jurídico, que lo pudo encontrar y definir cuando se encontraban sus mejores juristas en un congreso constituido de los más altos valores profesionales atraídos de los tres sectores de la profesión: banca, barra y academia. Tomó su labor como de antropólogos, no de inventores. Funcionaron de intérpretes. No hicieron política. No fueron creativos. Cumplieron como glosadores, coleccionistas. Escribieron sumarios y síntesis de lo existente. Llevaron la jurisprudencia al foro del ALI como llevan los mineros su materia prima a la fundición. Al menos, así protestaron unánimemente los miembros del ALI cuando hablaron de su función. ¿Protestaron demasiado?

31. En las declaraciones públicas los miembros del ALI siempre respetaron la hegemonía de la jurisprudencia y desmintieron cualquier pretensión de codificar el Derecho.

Al principio, y durante toda la época de los *Restatements I*, el ALI tomó gran pena en describir su oficio como uno de hallar el Derecho jurisprudencial y no inventarlo. Por ejemplo, Herbert Goodrich -renombrado catedrático en Pennsylvania, juez del Tribunal Federal de Apelaciones para el Tercer Circuito, y Director del ALI desde 1947 a 1962- manifestó en 1949, cuando recordaba los comienzos del ALI y los *Restatements I*: «Los organizadores grandes (...) fueron alertos en contra de la sugerencia, que se ofreció no infrecuentemente, que la propuesta de un *Restatement* era un plan para hacer una codificación bajo otro nombre. Quizás escucharon los ecos de la controversia del Siglo XIX aún resonando en los oídos y quisieron evitar la reapertura de esa batalla. De todos modos, la posición que tomaron era clara en sus mentes; no iban a codificar el *Common Law* (...) Esa misma posición se reiteró por más que los veinte años que pasaron entre el comienzo del trabajo en 1923 hasta la aparición del último tomo de los *Restatements* [I] en 1944».

Ese mismo deseo de evitar hasta la apariencia de codificación, se mostró en la gran preocupación expresada por algunos, en el foro de la reunión general y en el consejo, cuando sintieron que un grupo de expertos redactores se había ido más allá en la expresión de una regla dada que las sentencias falladas justificaban. «No estamos redactando el Derecho como nos gusta redactarlo, sino tal como es», era el dicho ⁽³²⁾.

Cuando Goodrich escribió lo anterior, los

(32) GOODRICH. «Restatements and codification». En: REPPY (editor). David Dudley Field: centenary essays. 1949, pág. 241.

Restatements I se habían terminado, pero el ALI no había decidido intentar su actualización y revisión en la serie de los *Restatements II*, que comenzó en 1957.

Es notable la invariabilidad entre los participantes del ALI sobre ese punto en sus expresiones públicas, como si se prepararon para un auto de fe ante una inquisición que podía venirles encima. La campaña montada contra Field en el siglo XIX ejercía su influencia virulenta todavía. La codificación era una herejía identificada entre los adeptos del sistema del *Common Law*. Recordamos de nuevo el prefacio que escribió el Presidente del ALI William Draper Lewis al primer tomo del *Restatements I* de Contratos, el primero ofrecido por el ALI como un producto acabado: «La función del Instituto [ALI] es de declarar⁽³³⁾ clara y precisamente en la luz de la jurisprudencia los principios y reglas del *Common Law*»⁽³⁴⁾.

A esa declaración, cabe agregar lo que escribió cinco años después en el prefacio al *Restatements I of Restitution*: El objeto del ALI se cumple en el grado que la profesión legal acepta a los *Restatements* como *prima facie* una formulación correcta del Derecho general de los Estados Unidos⁽³⁵⁾.

De hecho, el objeto se ha cumplido.

32. Hoy en día los participantes recuerdan el proceso dentro del ALI en forma distinta.

En los últimos años del siglo XX, los *Restatements* son todo un éxito. Han alcanzado la categoría de libros sagrados en el sistema jurídico de los Estados Unidos, y son intachables en su fondo. Entonces, pueden hablar libremente los miembros del ALI. John W. Wade,

respetado catedrático muy activo en el ALI desde sus principios, escribió en 1995: «La meta declarada del primer *Restatement* era exponer el Derecho general (o el *Common Law*) de los Estados Unidos con claridad y certeza⁽³⁶⁾. El ALI no trató de especificar claramente el criterio a usar para cerciorarse lo que era el Derecho general común en efecto. Como resultado, muchos de los usuarios del *Restatement* parecieron asumir que el criterio normalmente sería la posición de la mayoría de los Estados que habían pronunciado jurisprudencia sobre la cuestión. Es difícil creer que los reporteros y sus asesores, aun en el *Restatement I*, se preocuparon del número de Estados que se hallaron en cada lado de una cuestión para adoptar mecánicamente la regla con más votos. Muchos fallos judiciales son muy difíciles de interpretar y, por tanto, muy difíciles de clasificar. Algunas sentencias se razonaron mucho más conexas y persuasivamente que otras. Algunos jueces y tribunales generalmente se miran como notablemente más capaces que otros (...) En algunas instancias del *Restatement I*, los redactores adoptaron una regla que las personas conocedoras del Derecho reconocerían de inmediato como una posición notablemente minoritaria»⁽³⁷⁾.

Los recuerdos y comentarios más recientes de los participantes en la redacción comprueban que los *Restatements I* no fueron reformulaciones mecánicas de sus respectivas materias, sino un proceso que alentó juicio y análisis en el manejo de la jurisprudencia y, según los criterios de los redactores, la imposición de sus conceptos de lo que el Derecho debía ser. En especial, cuando los redactores encontraron una línea de precedentes emergentes que en el consenso general representaban unas reglas más cuerdas, en el contexto

(33) El original en inglés decía *state*; no decía «*restate*», sino «*state*».

(34) En el mismo prefacio dijo, justo antes de la frase citada en el texto, «...para clarificar y simplificar el Derecho y dejarlo más acertado, el primer paso tiene que ser la preparación de un *Restatement* ordenado del *Common Law*». Sumando la expresión completa, es interesante comparar la descripción formulada por Draper Lewis de la función del ALI con la descripción sumaria de un código, formada por Ilbert: una declaración ordenada y autoritativa de las reglas de Derecho más destacadas sobre una materia dada.

(35) Introduction. *Restatement of Restitution*. IX 1937.

(36) Wade ignora la referencia «a la luz de la jurisprudencia», aunque acoge el resto de la expresión de Lewis referida arriba en la nota 34.

(37) WADE. «The Restatement (second): A tribute to its increasingly advantageous quality, and an encouragement to continue the trend». En: 13 PEPPERDINE L.REV. 1995, págs. 59-62.

Otro participante original en los proyectos del ALI, W. Barton Leach de la Facultad de Harvard, recordaba un «corolario restante» que controlaba la conducta de los redactores «...que jamás podemos criticar adversariamente una regla que encontramos que tenemos que declarar (*state*). Tal protocolo presenta un dilema desagradable al reportero. O tiene que declarar una regla buena que sabe perfectamente bien no es el Derecho; o tiene que declarar una regla mala y por la misma declaración atrincherarla más (...). [En algunos casos, sin embargo, nos encontramos] declarando una regla que creemos sana y sensata pero que se opone por un cuerpo sustancial de jurisprudencia». LEACH. «The Restatements as they were in the beginning, are now and perhaps henceforth shall be». En: 23 A. B. A. J. 1937, págs. 517-519.

general reflejaban la tendencia futura, su «uso de la jurisprudencia existente tiende a ser menos neutral que lo acostumbrado»⁽³⁸⁾.

33. La enseñanza del Derecho depende e infunde los *Restatements* en la consciencia de los estudiantes de Derecho.

En las facultades de Derecho, los *Restatements* forman una fuente principal de la lectura y la discusión socrática para todos los cursos donde existe un *Restatement* sobre la materia. Casi siempre, el catedrático se referirá a la norma contenida en el *Restatement* como la ley nacional y la presentará a sus estudiantes como el punto de partida a los problemas hipotéticos que se discutan en clase. No obstante, jamás examinan la jerarquía exacta de esa fuente. La insinúan en la consciencia de los estudiantes desde el principio, partiendo de la regla expresada en el *Restatement* y sometiendo a la prueba de una selección de sentencias, para ver si los alumnos captan el concepto y su aplicación y si las sentencias la acatan y la aplican. Este proceso de adoctrinamiento del alumno se concentra en especial en el primer año de sus estudios, o sea, en el periodo más formativo para el estudiante. Deja en el aprendiz y en el profesional una impresión fija de los *Restatements*: son la fuente de las normas definitivas en cualquier campo que tocan. Han conquistado su meta primordial: una aceptación indiscutible entre la profesión entera como la reformulación del Derecho «americano», o sea, el Derecho general de los Estados Unidos.

34. Las circunstancias del Derecho en los Estados Unidos han vuelto en favor de la armonización y estabilidad, primero con el Derecho adjetivo.

Mientras se llevó a cabo el proceso de redactar los primeros *Restatements* hubieron otros sucesos en el panorama jurídico de los Estados Unidos que apoyaron su trayectoria. Los procedimientos seguidos en los tribunales estadounidenses hasta 1938 presentaron un

problema de dimensiones mayores (o, un triunfo en el sentido de premiar a los abogados que pudieron manejarlos). Complicados, arcanos, separados entre *Law* (Derecho) y *Equity* (Equidad), las leyes de procedimientos eran una llaga que nadie supo curar. En 1911, sin embargo, la Asociación de la Barra Americana (*American Bar Association*) auspició una resolución en pro de reglas federales de procedimientos civiles, promulgadas por los tribunales y no la legislatura. Después de una larga lucha contra la resistencia y el rechazo en el Congreso, unas casualidades históricas abrieron el camino a la promulgación de una ley federal en 1934, que delegó a la Suprema Corte la autoridad de hacer reglas procesales para los tribunales federales⁽³⁹⁾. Actuando bajo esa delegación, la Suprema Corte nombró una comisión redactora para las *Federal Rules of Civil Procedure* (Reglas Federales de Procedimientos Civiles). Cumplieron con la tarea en cuatro años. Entraron en vigencia en 1938 las *Federal Rules of Civil Procedure*, o FRCP. Tanto como los *Restatements*, las FRCP fueron todo un éxito. A los pocos años de su promulgación, virtualmente todos los estados las habían copiado, en la delegación de hacerlas a sus poderes judiciales y en su contenido. Han transformado los procedimientos en todos los tribunales estadounidenses, armonizando las reglas procesales entre tribunales federales y estatales, e imponiendo procedimientos relativamente simples y eficientes. No existen más los procedimientos establecidos por el *Common Law*, o en la jurisprudencia. El Derecho adjetivo es netamente concreto, aunque no es legislativo en su redacción y aprobación sino sólo derivativamente. Todo mundo está contento con el resultado, efecto inusitado entre la profesión. Un comentario de lo malo que era el sistema anterior⁽⁴⁰⁾.

35. También el Derecho sustantivo efectuó un gran cambio en favor de unidad nacional cuando se volcó en el concepto del *Common Law* federal.

Junto con la aprobación y promulgación de las nuevas FRCP, en 1938 la Suprema Corte abandonó la

(38) OLIVER. «The American Law Institute's Draft Restatement of the foreign relations Law of the United States». En: 55 AM. J. INT'L L. 1961, págs. 428-434.

(39) La actitud de los Estados Unidos en cuanto a su Derecho adjetivo puede ser chocante para el jurista peruano, que se desempeña en un sistema donde los Códigos de Procedimientos forman parte del orden público y son de origen definitivamente legislativo. El maestro Charles Alan Wright, actual Presidente del ALI y renombrado procesalista, expresa la actitud convencional del jurista estadounidense: «No cabe duda que la regulación legislativa [de los procedimientos civiles] es menos satisfactoria que la regulación por reglas de fabricación judicial». En: WRIGHT. *Law of Federal Courts*. 1994, pág. 427.

(40) *Ibidem*, págs. 423-435.

jurisprudencia sentada con *Swift vs. Tyson* en 1842, fallado en el caso *Erie Railroad vs. Tompkins*⁽⁴¹⁾ que no existe un *Common Law* federal, que todos los tribunales federales atacarán y aplicarán el Derecho sustantivo de los Estados donde desempeñan sus funciones. Tenía un impacto enorme esa sentencia, de golpe tumbando un sistema anacrónico y anárquico, pero muy arraigado.

prudencia estatal⁽⁴²⁾. Empezó con procedimientos civiles y penales exclusivamente estatales, variados y complicados, que regían también para los tribunales federales en cada Estado. Clausuró con procedimientos civiles federales impuestos por la Suprema Corte de los Estados Unidos actuando bajo delegación legislativa, separando así los procedimientos estatales de los federales⁽⁴³⁾.

37. Desde 1938, las condiciones básicas del Derecho estadounidense cambiaron.

El desarrollo del ALI y sus *Restatements* revela mucho sobre el sistema, la metodología que lo hace funcionar, y la cultura jurídica de los Estados Unidos, refleja los sucesos interdependientes en el sistema jurídico. Demuestra que el método casuístico de derivar un Derecho consuetudinario ya no existe. Los primeros *Restatements* habían salido antes de 1938, pero su éxito recién estuvo confirmado en 1938, apoyando y apoyado por las FRCP y la sentencia en *Erie Railroad vs. Tompkins*⁽⁴⁴⁾. Con la coincidencia de los *Restatements*, las FRCP, las leyes uniformes de la NCCUSL, y la doctrina *Erie*, la perspectiva del Derecho estadounidense -que antes no se podía decir que existía- había mejorado mucho. Las inquietudes de antaño se habían atendido y se habían subsanado en grado mayor. Un producto casual del proceso de elaborar las reformulaciones del Derecho en los *Restatements* era transformar el carácter y la naturaleza del Derecho en el grado que los *Restatements* se hicieron fuentes en lugar de las fuentes jurisprudenciales que se explotaron para producir los *Restatements*. El Derecho en ningún lugar jamás será un fenómeno quieto y estático, y no lo es en los Estados Unidos, ni en 1938 ni en 1996. No obstante, llegó a un momento trascendente en 1938. Cumplió un tramo difícil con resoluciones positivas e influyentes. Era la confirmación del sistema y de su transformación.

“La tarea definida (...) de los Restatements era reformular las declaraciones judiciales encontradas en toda la jurisprudencia nacional (...) ordenar y armonizar el Derecho jurisprudencial; reconciliar las aparentes diferencias y comprobar que existió una doctrina común latente en la aparente anarquía ...”

36. El año de 1938 fue un año definitivo para el Derecho estadounidense.

El año 1938 vio una revolución cataclísmica en el Derecho adjetivo, y sustantivo de los Estados Unidos. Empezó con regímenes del *Common Law* distintos para todos los Estados y la competencia federal. Cerró con la desaparición del *Common Law* federal en favor de la juris-

(41) 304 U.S. 64, 58 S. Ct. 817, 82 L. Ed. 1938, pág. 1188.

(42) Aunque la «desaparición» estará exagerada, porque existe actualmente un cuerpo de *Common Law* federal, sólo que no invade los campos estatales como antes. Véase, e.g., FIELD. «Sources of Law: The scope of federal Common Law». En: 99 HARV. L. REV. 1986, pág. 881; MERRILL. «The Common Law powers of federal Courts». En: 52 U. CHI. L. REV. 1985, pág. 1.

(43) Aunque de hecho los estados han adoptado los FRCP casi sin excepción y, es más, han acogido la idea de delegar la redacción y promulgación de las reglas procesales al poder judicial. O sea, hoy en día, hay armonización nacional en cuanto a los procedimientos ante los tribunales. El efecto práctico, impensable en años pasados, es que un abogado puede ejercer, sin encontrar mayores diferencias procesales entre los tribunales de un estado y otro, o entre un tribunal federal y uno estatal.

(44) Véase nota 41 supra. En el Derecho estadounidense, se refiere a la «doctrina *Erie*», y se trata de la sentencia más importante en la historia del país. Un jurista comentó en 1962, más de una generación atrás, que «su condición subió a la de una filosofía (*jurisprudence*), que ha seguido ganando estatura hasta ser prácticamente una religión». BONER. «A study of judicial precedent». En: 40 TEXAS L. REV. 1962, págs. 619- 625.

38. Los *Restatements* cobraron nueva fuerza en el nuevo ambiente jurídico que regía desde 1938.

La primera etapa de los *Restatements* terminó en 1944, con la publicación del último tomo del *Restatement I of Property*. La misión del ALI no terminó en esa fecha, sino seguía en auge. En 1951, inició un programa completo de revisión y actualización de los *Restatements* originales, produciendo una serie de *Restatements II*. Ha seguido hasta ahora, produciendo versiones actualizadas de los primeros *Restatements*. Para algunas materias llegaron a un *Restatements III*.

Es más, el ALI entró desde hace tiempo en la redacción de leyes tipos para los Estados Unidos. Junto con la NCCUSL, terminaron en 1952 la redacción del Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code, o UCC*), promulgado en todos los estados inclusive en Louisiana, donde lo tuvieron que coordinar con el Código Civil⁽⁴⁵⁾. El ALI y la NCCUSL han formado una junta permanente de expertos (*Permanent Editorial Board*) para enmendar y mantener al día el UCC. Esta junta ha enmendado cada uno de los nueve libros sustantivos originales al menos una vez, y agregó dos libros nuevos. Su actividad continúa.

39. Herbert Wechsler, y la orientación moderna del ALI y los *Restatements*.

En 1962, Herbert Wechsler, catedrático en Columbia, asumió la dirección del ALI. Desde su advenimiento en la oficina, el ALI empezó a ejercer todas las posibilidades abiertas por el desarrollo del sistema jurídico en los Estados Unidos. Todavía en 1962, Warren A. Seavey de Harvard escribió que al reportero de un *Restatement* «no se le permitió formular una regla apoyada sólo por una minoría de jurisdicciones, dado que debía producir una declaración del Derecho americano prevaleciente y no un sueño profesional»⁽⁴⁶⁾. Wechsler pareció no estar de acuerdo. Sus discursos públicos indicaron las nuevas orientaciones del instituto bajo su administración. Escribió, «El énfasis ha cambiado desde

la afirmación dogmática a, en el grado que podría ser, una exposición razonada»⁽⁴⁷⁾. O quizás hubo una nueva apertura en decir públicamente lo que siempre había sido la orientación del ALI.

40. El problema de la responsabilidad absoluta y la función correcta de un *Restatement*.

Una polémica que estalló en esa época subrayó el debate entre los que no aceptaron la orientación expuesta por Wechsler y los redactores activistas que la aplicaban en la elaboración de los *Restatements*. En el *Restatement II of Torts* (responsabilidad civil) se propuso una 402A que decretó la responsabilidad absoluta en el caso de productos defectuosos, aunque limitado a los que vendieron productos comestibles o de «uso íntimo personal», por ejemplo, los cosméticos.

El ALI aceptó esa reformulación de la 402A en 1962, pero el reportero del *Restatement II of Torts*, William Prosser, siguió controlando la jurisprudencia. En la reunión anual de 1964 informó a la asamblea que «el Derecho de los casos (*the case law*) [sobre la cuestión tratada en 402A] se ha dilatado con fuerza explosiva», abarcando toda clase de productos, aunque no llegó ni cerca de definirse por una clara mayoría de Estados cuyos tribunales habían resuelto sobre la cuestión. El ALI entonces abrió el lenguaje del 402A para incluir cualquier producto que debió llegar al consumidor en las mismas condiciones en que se vendió. Los miembros del ALI pertenecientes al *Defense Research Institute*, un instituto formado por los abogados que hicieron la defensa de juicios en contra de fabricantes y comerciantes, no tardó en montar un ataque contra la iniciativa. El *Defense Research Institute* planteó un reclamo oficial ante el ALI, alegando que la versión ampliada de la 402A era una regla minoritaria cuya aceptación en el ALI representaba «una salida sin precedentes de su papel tradicional» que amenazaba «socavar la confianza de los tribunales americanos y de la profesión legal en general en esta institución autoritativa en reformular el Derecho»⁽⁴⁸⁾.

(45) El primer estado en promulgar el UCC fue Pennsylvania, en 1952. En 1967, Arizona y Nuevo México fueron los últimos, hasta Louisiana, que lo adoptó libro por libro en los últimos quince años.

(46) SEAVEY. «The Restatements, second, and stare decisis». En: 48 A.B.A. J. 1962, págs. 317-319.

(47) WECHSLER. «Restatements and legal change: problems of policy in the Restatement work of the American Law Institute». En: 13 ST. LOUIS L.REV. 1966, págs. 185-193.

(48) Citado en: WECHSLER. «The course of the Restatements». En: 55 A.B.A. J. 1969, págs. 147-148. En el contexto del mismo debate Wechsler contestó: «Debemos sentirnos obligados en nuestras deliberaciones a dar el debido peso a todas las consideraciones que los tribunales, bajo una vista propia de la función judicial, creen correctas para tomar en cuenta en las suyas». ALI PROCEEDINGS 1967, pág. 16. La obvia

41. La reformulación de la función del ALI.

El ALI no vaciló en adoptar la versión objetada de la 402A. Wechsler explicó el resultado con una definición de su función: «la gran tarea que tenemos adelante [es] el renovar (*refreshment*) continuo del sistema jurídico que tuvimos la suerte de heredar y tenemos el deber de mantener y mejorar»⁽⁴⁹⁾. Obviamente, no buscó definición de la función del ALI en las expresiones clásicas de William Draper Lewis y los miembros originales⁽⁵⁰⁾.

42. La función de los *Restatements* en los años finales del siglo XX.

Llegamos a los finales del siglo XX con los *Restatements* fijos entre las fuentes del Derecho estadounidense⁽⁵¹⁾. En la gran mayoría de sus normas, tratan de disposiciones que nadie objetará. Han cumplido una función impecable de organizar y clarificar el *Common Law* encontrado en las sentencias procedentes de todos los cincuenta Estados y otras competencias judiciales en los Estados Unidos. Pero ya se atreven más; o quizás siempre se atrevían, pero no lo confesaban tan abiertamente. En algunas cuestiones entran a designar -y revestir con su imprimatura de prestigio- disposiciones que estarán en pleno desarrollo y discusión ante los tribunales. En este sentido, cumple una función cuasilegislativa. No puede ser legislativa porque los miembros del ALI no son legisladores electivos, y ese dato define su actuación. Corresponden a criterios distintos a los de representantes que ocupan sus puestos por

elección popular. El ALI es una élite cuyos miembros son desconocidos al pueblo. El porcentaje del pueblo que alguna vez escuchó del ALI es reducidísimo.

43. Comparación entre la norma jurisprudencial y la norma legislativa.

Posner distingue entre los criterios y el efecto que tienen el juez y el legislador cuando hacen reglas. Según Posner, en su análisis económico del Derecho, cuando aplica el *Common Law* el juez tiende a fallar conforme a un criterio de eficiencia económica, aunque no consciente de ese criterio. El principio de *stare decisis* tendrá este efecto por su naturaleza. Las normas establecidas por aplicación del principio -o sea, normas establecidas por el Poder Judicial- obran en favor de una repartición óptima de recursos económicos⁽⁵²⁾. Por el otro lado, los legisladores corresponden a grupos de interés con fuerza electoral. Cuando promulga sus disposiciones legislativas tiende a favorecer ciertos grupos, redistribuyendo los ingresos en su favor a costo de otros grupos, muy a menudo para contrarrestar las fuerzas del mercado libre. ¿Con qué criterio llega el proceso legislativo a tener este efecto? No se lo van a expresar en términos de redistribuir los ingresos, sino en referencias a «la justicia», «regular el mercado», «incentivos industriales», «las necesidades sociales», «la planificación», «los derechos humanos», «las garantías constitucionales», «el bienestar público» o «el amparo de grupos marginados». Al fin y al cabo, entonces la norma legislativa podría reflejar fuerzas sociales y no del mercado⁽⁵³⁾.

implicación era que el Poder Judicial desempeñaba un papel activo en la evolución de las doctrinas de responsabilidad civil y otras obligaciones jurídicas, tomando en cuenta criterios subjetivos como justicia social, el efecto de la tecnología, y «lo que debe ser».

En otra ocasión, Wechsler dijo: «en nuestro sistema de Derecho de los casos (*case law*), cualquier declaración de que el Derecho será tal cosa tiene que ser más que un hallazgo empírico que la jurisprudencia así sentenció. Implica una aserción normativa sobre lo que debe sentenciar actualmente, en cuanto se presente la cuestión (...) eso permite a los *Restatement* intentar ser lo que hace y son en efecto, una ayuda modesta pero esencial al análisis, clarificación, unificación, crecimiento y adopción mejorados del *Common Law*». Supra nota 47 en las páginas 191-192.

(49) WECHSLER. The course of ... Op. cit., págs. 147-151.

(50) Véase el párrafo 11 supra en el texto.

(51) En el estado de Arizona, la Suprema Corte del Estado de Arizona ha sentado jurisprudencia específica que en la ausencia de una norma correcta o de un precedente arizonense -o sea, cuando existe una laguna normativa y jurisprudencial- se recurrirá terminantemente a las reformulaciones de los *Restatements* para resolver el caso. Véase BYRNE. «Reevaluation of the Restatements as a source of Law in Arizona», En: 15 ARIZ. L. REV. 1973, pág. 1021. Hasta ahora, es el único estado en tomar expresamente esa medida, aunque *de facto* lo siguen en todos los estados.

(52) Véase las notas 21 y 23 supra y el texto acompañante.

(53) Véase POSNER. Op. cit., págs. 523-528.

44. ¿Dónde caben los códigos en el esquema de las disposiciones legislativas?

Los códigos no son legislación normal, como describe Posner. Si lo fueran, las legislaturas no tendrían que reunirse todos los años, sino sólo muy de vez en cuando. En la definición clásica, un código es una declaración escrita, completa, lógica y sistemática de todo el Derecho en vigencia para la jurisdicción que lo aplicará, en derogación de las normas anteriores. Los códigos se distinguen por sus rasgos especiales: 1) son comprensivos, abarcan todo el campo de Derecho; 2) clarifican y organizan a las normas que componen el Derecho; 3) su sistema será internamente consistente y lógico; 4) sus normas se basan en la experiencia; y 5) debe contener principios generales - «*des principes féconds en conséquences*» en la frase de Portalis⁽⁵⁴⁾ - que no duran larga, sino permanentemente.

Los legisladores comunes y corrientes no serán jamás capaces de redactar un código. Tienen que redactarlo juristas de conocimientos estudiados y profundos, en una labor de cuando menos varios años. Cumplida la hazaña de la redacción, le corresponde a la legislatura sólo el oficio de bautizarlo y bendecirlo con una promulgación oficial. Describir un código como legislación en el concepto de Posner sería absurdo; son dos cosas completamente ajenas. Por la necesidad de su redacción los códigos nunca resultarán de los mismos procesos, fuerzas e influencias que las leyes de fabricación propiamente legislativa.

45. ¿Cómo se comparan los Códigos Civiles con los *Restatements*?

Básicamente, en su forma y contenido, los *Restatements* son códigos. Curiosamente, pocos lo han dicho, que yo sepa⁽⁵⁵⁾. Muchos lo han negado rotundamente. Ni Wechsler dijo que el ALI hizo una codifica-

ción del Derecho. Históricamente, los juristas estadounidenses compiten para rechazar la idea, convirtiéndola en un artículo de fe para los comparatistas. Transcurrido el tiempo, sin embargo, esa visión se ha vuelto anacrónica e incierta. Muchos lamentarán las profundas y antagónicas distinciones que existen entre los dos sistemas, estadounidense y europeo-romano, y, por cierto, habrán muchas diferencias de fondo. No obstante los dos sistemas son mucho más semejantes en cuanto a las fuentes del Derecho que uno podía haber sospechado, estudiando la doctrina existente.

46. Los *Restatements* muestran las mismas características que los códigos.

Los *Restatements* se definen en términos muy similares a los que se define un código; una declaración o reformulación escrita, completa, lógica y sistemática de todo el Derecho en vigencia para la jurisdicción que lo aplicará en derogación de las normas anteriores. Los *Restatements* son:

1) Comprensivos. Abarcan todo el campo de Derecho que tratan. Cuando se suman los varios *Restatements* existentes, cubren todo el campo del Derecho privado salvo lo familiar. En efecto, es el Derecho de Familia el que causa problemas dentro de la formación clásica de los códigos civiles. Algunos opinan que no cabe con las personas, la propiedad, las sucesiones y las obligaciones. El Derecho de Familia es el más inquieto de los temas civiles, al menos contemporáneamente, ha experimentado cambios en casi todos los regímenes jurídicos⁽⁵⁶⁾. Un código debe cubrir todo un campo o un área de Derecho en forma global, pero no es menester cubrir el todo del Derecho Privado para ser un código. Mientras el tema es suficientemente voluminoso y contiene principios y conceptos comunes, se presta a una codificación⁽⁵⁷⁾. Los temas y el alcance de los *Restatements* conforman al concepto de un código.

(54) FENET. 1 recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. 463 et seq. (Paris, 1836).

(55) Entre los pocos, HESSEL E. Yntema. «The jurisprudence of codification». En: REPPY (editor). David Dudley Field: centenary essays. 1949, págs. 251-255, quien describió a los *Restatements* como: «el primer esfuerzo sostenido y comprensivo, coordinando los mejores cerebros de los tribunales, de la Barra, y de las facultades de Derecho, para codificar el *Common Law* no escrito». Yo me refiero al *Restatement* como un código a pesar de las distinciones hechas en definir su naturaleza, por que en sustancia y objetivo se lleva el carácter de una codificación; en las palabras de John Austing, «no es el instrumento ni la medida de decidir un caso específico sino se entiende sólo como una regla de conducta, así como para guiar a los tribunales en sus decisiones sobre clases de casos».

(56) El ALI considera el campo de Derecho de Familia demasiado indefinido entre la legislación y la jurisprudencia variada de un estado a otro, y rechazó la idea de intentar un *Restatement* en ese campo. No obstante, actualmente están en plena redacción de unas pautas (*guidelines*) sobre el Derecho de Familia.

(57) Véase STOLJAR. Codification and the Common Law. En: Problems of codification. Camberra, 1977, págs. 1-9.

2) Consistentes y lógicos. La preocupación primordial del ALI cuando empezaron los *Restatements* era imponer el orden sobre la aparente anarquía de precedentes estatales y demostrar que el sistema de normas jurisprudenciales era lógico y consistente dentro de sí mismo. Se impusieron la organización ausente en cada campo, reformulándolo en normas claras y precisas.

3) Basadas en la experiencia. Tal como Domat en Francia, cuya obra «*Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*» puso el prefacio al Código Napoleón, y Windsheid en Alemania señalaron la madurez del Derecho nacional y su disposición a la codificación, el *Common Law* estadounidense había acumulado suficientes experiencias para soportar la redacción de normas sistematizadas en los *Restatements*; y

4) Deben de contener principios generales -fecundos o fructuosos, según la tradición francesa- que no duran larga sino permanentemente. El código no consiste exclusivamente en principios fructuosos, desde luego, y la permanencia de los códigos se hacen más relativa con el avance de la tecnología. Los *Restatements* contienen muchos principios generales que propician el desarrollo del Derecho frente a situaciones nuevas. Un ejemplo bastante conocido sería la S90 del *Restatement I of Contracts*, llena de implicaciones y posibilidades⁽⁵⁸⁾, pero es uno entre muchos. Lo importante es la riqueza de resultados específicos que residen en los conceptos y normas generales presentes en la reformulación.

47. Los *Restatements* no entran en vigencia formal por la aprobación y promulgación del Poder Legislativo, pero sí se aplican por los tribunales.

La diferencia fundamental entre los *Restatements* y el Código es que aquéllos no se han promulgado por ninguna legislatura mientras éste sí. Podría concluir que los *Restatements* son un ejercicio fútil, un vacío académico sin ninguna aplicación práctica y efectiva, porque carecen de autoridad oficial. Tal conclusión será errónea. Aunque carecen de autoridad formal, lo tiene en la práctica. Bajo Goodrich, en 1949 el ALI hizo una encuesta de la jurisprudencia en los Estados de mayor importancia para ver sobre cuántos puntos habían constancia con las normas de los *Restatements* y qué porcentaje de discrepancia. Concluyeron que había entre el noventa y cinco y noventa y

ocho por ciento de acuerdo con las normas de los *Restatements*⁽⁵⁹⁾. O sea, los *Restatements* contienen unas normas concretas aplicadas en todos los Estados Unidos, con poquísima variación.

48. El Derecho consuetudinario y el método casuístico han desaparecido del Derecho estadounidense contemporáneo.

Como dijimos al principio de este pequeño ensayo, el Derecho de los Estados Unidos ya no es un Derecho casuístico, que se podría hallar únicamente en las sentencias dispersas tal como en una jurisdicción de tradición romano-europea, los participantes en el proceso jurídico estadounidense -abogados y jueces- empiezan o deben empezar su investigación sobre el Derecho aplicable a un juego específico de circunstancias con la revisión de las normas escritas. El proceso es deductivo, de la norma general a su aplicación específica. Entre ellas, las leyes federales y estatales tendrán la primera atención del abogado capaz, porque donde existe una ley aplicable el asunto se rige por esa ley. En ausencia de la ley, sin embargo existe la norma concreta de los *Restatements*, un conjunto sistematizado y escrito de reglas generales, principios y conceptos, de los cuales tendrán que deducir la resolución particular al caso inmediato. Por hábito y tradición, el abogado y el juez estadounidense seguirán después buscando entre la jurisprudencia de su jurisdicción las sentencias que apoyen y definan sus argumentos en favor de cierta resolución. Esta etapa final, sin embargo, se hace cada vez más un vestigio del pasado y no una necesidad actual.

49. El sistema jurídico de los Estados Unidos ha madurado, y los *Restatements* forman una fuente importante y concreta del Derecho estadounidense.

El sistema jurídico de los Estados Unidos ha madurado lo suficiente para dejar de derivar sus reglas por una consideración de los diversos casos particulares que se pueden prever en una determinada materia. Las disposiciones legales promulgadas por las autoridades legislativas rarísima vez rigen casos especiales; tienen aplicación genérica. El jurista peruano podría aportar una visión de sistema normativo de los Estados Unidos y enseñar una lección al abogado estadounidense.

(58) Tanto que se mantuvo la misma numeración en el *Restatement II of Contracts*, donde sigue como la S90, ligeramente modificada.

(59) GOODRICH. Op. cit., 1949, págs. 241-246.

se sobre su propio Derecho, fijándose en los *Restatements* como la primera fuente del Derecho privado en los Estados Unidos, y manejándolos como un Código Civil. Así los juristas estadounidenses llegarían a la consumación de su «código» para la época moderna de Derecho positivo: los *Restatements*.

Sería muy interesante, en un contrato escrito

entre parte peruanas y estadounidenses, acordarse que el Derecho aplicable será el Derecho estadounidense encontrado en los *Restatements*. La referencia aplicaría un Derecho claro, organizado, comprensivo en sus materias civiles, y relativamente fácil de aplicar, en comparación con las fuentes jurisprudenciales en los Estados Unidos. ☞