

00781

15
20j

Universidad Nacional Autónoma de México

GESTACION DEL SISTEMA JURIDICO
de los
ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Tesis que para obtener el Grado de
DOCTOR EN DERECHO
presenta

EDUARDO FRANCISCO RAMIREZ GARCIA

FACULTAD DE DERECHO
SEPTIEMBRE 1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi esposa Leni
A mis hijos Eduardo, Luis, Darío y Lucero

A Manuel Becerra Ramírez
A Mónica Vereza Campos
A Silvia Vélez Quero

INDICE GESTACION DEL SISTEMA JURIDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

	Pág.
PROLOGO	11
CAPITULO 1.- MARCO TEORICO	17
1.1.- ¿Qué entendemos por sistema jurídico?	18
1.2.- ¿Cuál es la diferencia entre sistema jurídico y Derecho?	22
1.3.- ¿Cuáles son las instituciones informales de los sistemas jurídicos?	22
1.4.- ¿Para qué se construyen los sistemas jurídicos?	24
1.5.- ¿Qué clase de certidumbre generan los sistemas jurídicos?	26
1.6.- ¿Cómo se forman y transforman las instituciones integrantes de los sistemas jurídicos?	28
1.7.- ¿Cuál es la racionalidad del sistema jurídico?	29
1.8.- ¿Qué relación tiene la democracia con los sistemas jurídicos?	31
1.9.- ¿Cómo se relacionan y se influyen los sistemas jurídicos entre sí?	34
1.10.- ¿Qué relación existe entre el análisis de sistemas jurídicos y el Derecho comparado?	37

CAPITULO 2.- LA FORMACION DEL SISTEMA JURIDICO COLONIAL	39
2.1.- Inglaterra en el siglo XVII.	40
2.1.1.- La formación del imperio económico.	40
2.1.2.- La revolución inglesa.	47
2.1.3.- La consolidación jurídica del imperio.	57
2.2.- Constituciones coloniales.	60
2.2.1.- La Colonia de Virginia.	66
2.2.2.- La Colonia de Plymouth.	71
2.2.3.- La Colonia de Massachusetts.	73
2.2.4.- La Colonia de Maryland.	75
2.2.5.- La Colonia de Rhode Island.	77
2.2.6.- La Colonia de Connecticut.	78
2.2.7.- La Colonia de Carolina.	80
2.2.8.- La Colonia de Pennsylvania.	82
2.2.9.- La Colonia de New York.	83
2.2.10.- La Colonia de Georgia.	85
2.3.- Marco teórico del constitucionalismo colonial.	85
CAPITULO 3.- LA GESTACION DE UN SISTEMA JURIDICO INDEPENDIENTE	91
3.1.- La nueva Constitución inglesa.	91
3.1.1.- El balance constitucional basado en un nuevo equilibrio entre el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes.	93
3.1.2.- El cambio de la tradicional Constitución prescriptiva por una moderna semi-flexible.	100
3.1.3.- La supremacía del Parlamento sobre el rey, el derecho y sobre las legislaturas coloniales en todos los ámbitos.	106

3.1.4.- Restricciones opuestas a la supremacía parlamentaria.	111
3.1.5.- Cambio de status jurídico de las colonias y de los colonos.	114
3.1.6.- Implantación de un sistema jurídico imperial mercantilista.	125
3.2.- Los actos de aplicación de la nueva Constitución.	127
CAPITULO 4.- LA GESTACION DEL ESTADO NACIONAL	143
4.1.- La Declaración de Independencia.	143
4.2.- Los Artículos de la Confederación.	154
4.3.- La Convención de 1787.	171
4.3.1.- Escenario socioeconómico del país.	172
4.3.2.- Composición de la Convención.	177
4.3.3.- Problemática planteada a la Convención y fórmulas de solución.	185
CONCLUSIONES	205
BIBLIOGRAFIA	245

PROLOGO

El estudio formal del Derecho y del sistema jurídico de Estados Unidos de América hasta ahora ha sido menos que escaso en México. Esta circunstancia contrasta con la innegable influencia que tal Derecho (no así el sistema) ha ejercido en nuestro país. Para calibrar este influjo baste referimos al modelo de Constitución, al bicameralismo, al federalismo, a la institución presidencial, a la revisión judicial federal sobre los poderes legislativo y ejecutivo y sobre los poderes estatales, a las comisiones como cuerpos administrativos del ejecutivo y al fideicomiso. En los últimos tiempos, esta lista ha aumentado considerablemente, por ejemplo, en las áreas de comercio exterior, competencia, propiedad intelectual y ambiente.

Sin embargo, si bien las instituciones mencionadas representan relevantes similitudes entre ambos Derechos nacionales, también son evidentes las diferencias con las que operan en la vida real de los dos países. Más aún, las mismas normas jurídicas tienen distinto efecto en la conformación de la vida social.

¿A qué se debe este fenómeno? Hay urgencia de saberlo ya que, durante la última década, el gobierno mexicano ha adoptado, como decisión política fundamental, la apertura de nuestro país a las corrientes de globalización y regionalización económica. Así, esta decisión ha impulsado un ajuste de nuestro

marco normativo que, principalmente, se ha llevado al cabo mediante la armonización jurídica de nuestro Derecho, especialmente con el de Estados Unidos. Este proceso ha culminado una de sus etapas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte que, a su vez, imprimirá mayor velocidad y profundidad al mencionado proceso de ajuste normativo.

El desarrollo fecundo de nuestro Derecho nacional, como toda la vida social, requiere estar abierto a las influencias de los desarrollos jurídicos de otros países. Máxime si se trata de modelos que han mostrado éxito. Empero, en todo caso, las adaptaciones deben obedecer a un claro esquema integral de racionalidad jurídica diseñado ex profeso por y para nuestro país, el cual podrá irse adecuando históricamente pero sin perder la rectoría de los cambios. De otra suerte corremos el riesgo de generar un monstruo hecho de añadidos sistemáticamente disfuncionales, contradictorios entre sí o, peor aún, conducentes a un modelo jurídico de país que podríamos no querer.

Si este razonamiento es cierto, se impone en nuestro país un estudio muy serio y comprensivo sobre qué son los sistemas jurídicos, cómo se crean sus instituciones, cuáles son las adecuadas instituciones para cada tiempo y lugar, por qué las mismas instituciones operan y dan resultados ya sea diametralmente diferentes o muy parecidos dependiendo del país y, sobre todo, cómo se transforman tales instituciones para mejorar las condiciones y perspectivas de una nación. Y, por último, cómo y cuáles instituciones jurídicas pueden coadyuvar a depurar nuestra nación eliminando estructuras y prácticas disfuncionales o

aberrantes, permitiendo el resurgimiento de nuestras mejores tradiciones jurídicas nacionales muchas veces coartadas u olvidadas.

Nuestra evolución económica en el último siglo y el futuro previsible nos indican la fuerte relación comercial y financiera que existe entre México y los Estados Unidos de América, en un mundo de bloques geopolíticos en formación, si no excluyentes, sí de regímenes preferenciales para ciertos socios. Asimismo, es evidente que las reglas de Derecho admisibles en el intercambio económico de nuestro mundo global tienden, cada vez más, a ajustarse a un patrón común. De esto se sigue la natural tendencia de nuestro Derecho a incluir las reglas del juego jurídico que usa nuestro socio económico más importante y la mayoría de los líderes económicos del mundo.

Al sistema jurídico de los Estados Unidos de América se le pueden atribuir serias deficiencias, pero es indudable que ha apuntalado el desarrollo de ese país hasta alcanzar una posición mundial predominante, con el consecuente beneficio en el nivel de vida de su población. Sólo por esta razón sería justificable el estudio de este sistema jurídico con una perspectiva evolutiva para aprender cómo ha ido adaptándose a las necesidades de progreso de esa nación. En todo caso, de sus defectos también se podrán extraer útiles lecciones.

Esta tesis pretende ser un modesto aporte en dicho sentido, dirigido a un público no especializado. En él no vamos a enfocar al Derecho propiamente sino, fundamentalmente, al sistema jurídico de los Estados Unidos de América que, como lo explicaremos en la introducción, nos puede proyectar alguna luz sobre

cuál es el sentido del Derecho de los Estados Unidos, cómo se crea y cómo funciona y, en fin, cuál es la realidad histórica, económica, política y social que subyace a él.

El contenido de esta tesis lo presentamos en cuatro capítulos. En el primero explicamos qué entendemos por sistema jurídico, instituciones jurídicas, normas formales e informales, y otros conceptos básicos que se emplearán a lo largo de esta tesis. También contemplamos en este capítulo cómo estos elementos se conectan y funcionan en la sociedad y cómo inextricablemente se interconectan el Derecho, la economía, la política y muchas otras disciplinas cuando uno quiere realmente aprehender en profundidad el significado del sistema jurídico.

En el segundo capítulo pasamos revista a la formación del constitucionalismo de las colonias inglesas en América al calor de la revolución inglesa del siglo XVII. Este constitucionalismo, amén de ser ejemplo único en la historia colonial, imprimió una dirección y significación esenciales a la transición entre el sistema jurídico inglés y lo que habría de ser el de los Estados Unidos de América. El estudio de este proceso nos dará luz sobre las causas reales, plasmadas en constituciones, de las diferencias entre metrópoli y colonias, y, posteriormente, de la independencia de éstas.

En el tercer capítulo tratamos sobre la batalla jurídica entre Inglaterra y sus colonias en América cuyo desenlace fue la independencia de estas últimas. Esta larga, compleja y profunda controversia legal fue lentamente esclareciendo los

dos problemas de fondo que la generaban: a) el cambio constitucional en la metrópoli y b) el desarrollo habido en las colonias de un sistema jurídico paralelo cuya relación con el inglés había menester de nuevas e imaginativas reglas y acuerdos.

Al seguir los eventos esenciales de esta disputa jurídica, iremos apreciando cómo se van configurando paulatinamente los caracteres del que habría de ser el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, después de su independencia.

En el capítulo cuarto examinamos cómo se fueron discerniendo y discutiendo los problemas que tendría que resolver el nuevo sistema jurídico que sustituyera el esquema colonial. Contemplamos, asimismo, la evolución de esta problemática pasando por las vicisitudes de la independencia y la Confederación. Después analizamos la composición, en términos de intereses y valores representados y perseguidos por los participantes de la Convención de 1787 en la que finalmente se arribó a la Constitución del mismo año. Haremos énfasis en las explicaciones que en ese tiempo se dieron del por qué de cada uno de los caracteres esenciales de la Constitución, de sus dificultades de negociación y de los propósitos no expresos subyacentes a dicha Carta Magna.

Finalmente, presentamos las conclusiones de nuestra investigación, mismas que agrupamos por capítulos para facilitar la búsqueda del texto amplio que las sustenta.

Debemos insistir, por último, en que la índole de esta tesis es de análisis histórico y no de Derecho comparado. En consecuencia, pretendemos captar, de manera simple pero precisa, el proceso que determinó y configuró las grandes líneas del sistema jurídico de los Estados Unidos de América apreciables a lo largo de su período de gestación.

CAPITULO 1

MARCO TEORICO

En primer lugar, vamos a definir y explicar qué entendemos por sistema jurídico y cuál es su diferencia con el Derecho. De ello se colegirá por qué vamos a estudiar la gestación del sistema jurídico y no del Derecho de los Estados Unidos de América.

Posteriormente, nos detendremos a examinar cómo funcionan los sistemas jurídicos, cómo se crean y operan sus normas e instituciones, tanto formales como informales, y cuáles son sus relaciones entre sí; además, cuáles son las instituciones adecuadas para cada tiempo y lugar, por qué las mismas instituciones operan y pueden producir resultados diametralmente diferentes o muy parecidos dependiendo del país y, por último, cómo se transforman los sistemas jurídicos así como sus normas e instituciones.

El marco de referencia teórico en el cual montamos los postulados de este capítulo que, a su vez, constituye el esquema cognoscitivo de la investigación, es la teoría de las instituciones en la forma en que básicamente la proponen Douglass C. North, James Buchanan, Gordon Tullock y Mancur Olson, principalmente, en sus obras a que nos referimos en la bibliografía. Naturalmente, la aplicación de dicho marco epistemológico al derecho es, fundamentalmente, un

esfuerzo de nosotros y, por tanto, de nuestra directa responsabilidad, ya que las referidas obras enfocan, fundamentalmente, el fenómeno económico.

1.1.- ¿Qué entendemos por sistema jurídico?

El sistema jurídico es un conjunto de instituciones,¹ o sea, de reglas de conducta², y se divide en dos subsistemas: en uno se encuentran las instituciones formales y en otro las informales.³ Las características esenciales de las instituciones jurídicas son cuatro, a saber:

¹ En la tradición jurídica destaca la definición de Hauriou: "una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos" HAURIUO, 1968:41. Sin embargo, esta aproximación difiere metodológicamente de la que nosotros proponemos como se apreciará a lo largo de este capítulo.

² Las instituciones, en general, son definidas por Douglas North como "las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, (como) los constreñimientos diseñados por el hombre para conformar la interacción humana". (North, 1990:3.)

³ René David propone la siguiente definición: "Sistema de Derecho ... (es el) conjunto de ramas que, en un país dado, se combina para formar el Derecho nacional. Una nomenclatura ... más adecuada ... es la de *familias jurídicas*" DAVID, 1968:11-12. Nosotros nos separamos de su postura en virtud de la identificación que él encuentra entre sistema jurídico y Derecho y que, en nuestro parecer, dificulta una clara definición de ambos conceptos que juzgamos diferentes.

a) Deben dirigirse a maximizar los recursos de una sociedad en función de un esquema valorativo determinado.⁴

b) Deben establecer relaciones automáticas entre ciertos patrones de conducta y determinadas consecuencias jurídicas,

c) Deben constituir un entramado cuya interacción sinérgica les confiera unidad y coherencia, y

d) Deben disponer de poder coercitivo eficaz, o sea, de elementos de fuerza para prevenir y, en su caso, detectar incumplimientos e imponer las consecuencias generadas automáticamente, aún contra la voluntad de las personas obligadas, además de poder imponer medidas disciplinarias igualmente compulsivas.

La complejidad de los sistemas jurídicos es correlativa a la complejidad de las interrelaciones políticas, económicas y culturales⁵ de cada sociedad. Esta complejidad puede ser fácil o difícil de desentrañar dependiendo de la relación que guarden los subsistemas formal e informal, como más adelante lo veremos.

⁴ El neoinstitucionalismo, que actualmente comanda Douglas North, privilegia el crecimiento económico como factor primordial por sobre los demás factores sociales como son los psicológicos, estéticos, comunitarios. Pensamos que esa postura ha conducido al reduccionismo propio de la tecnocracia.

⁵ Con los términos "cultural" o "social" comprendemos la gama de conductas interrelacionadoras de los seres humanos diferentes de las económicas y políticas, como son las religiosas, deportivas, artísticas, etc.

Desde otro criterio de diferenciación, las instituciones que integran los sistemas jurídicos se pueden clasificar en dos niveles: uno constitucional y otro de aplicación práctica. Esta clasificación es útil en cuanto distingue el núcleo institucional esencial al sistema que cuenta con mecanismos poderosos de preservación y el conjunto de instituciones contingentes de naturaleza más flexible.

Las reglas constitucionales establecen el marco esencial y básico de la estructura y funcionamiento del Estado señalando, principalmente:

a) La forma en que se relacionan los gobernados y las autoridades gobernantes, o sea, la participación de aquellos en la elección o nombramiento de éstos, los derechos y deberes recíprocos de gobernados y autoridades, y

b) Las estructuras y órganos que integran el gobierno del país y la administración de los bienes públicos, así como la forma de funcionamiento, evaluación y disciplina de los mismos.

Las reglas de aplicación práctica son aquellas que:

a) Atribuyen consecuencias obligatorias y coercitivamente esperables a las conductas humanas que se consideran de trascendencia social, o sea, aquellas conductas cuya predecibilidad puede permitir una cierta, segura, fluida y eficiente interacción entre los factores políticos, económicos y culturales de una sociedad para lograr satisfacer sus diversas necesidades de la mejor manera posible, y

b) Preven el procedimiento para resolver las controversias que surjan acerca de la interpretación o cumplimiento de las instituciones jurídicas.⁶

En cuanto a esta investigación, su objeto de estudio es la gestación del sistema jurídico de los Estados Unidos de América y no la gestación del Derecho de ese país. De esta manera podremos explicar el importantísimo tema de la relación entre las instituciones jurídica formales e informales, cuya omisión es tan lamentable como frecuente en los estudios jurídicos nacionales.

1.2.- ¿Cuál es la diferencia entre sistema jurídico y Derecho?

El Derecho es la parte del sistema jurídico y consiste en el conjunto de instituciones o reglas de carácter formal que establecen:

a) Los mencionados vínculos obligatorios y coercitivos entre una conducta y sus consecuencias esperables, y

b) Las instituciones necesarias para crear, transformar, aplicar y derogar el propio Derecho, así como para solucionar las controversias que se susciten.

⁴ Consideramos que la terminología propuesta por nosotros es más apropiada que la planteada por North quien divide las instituciones en: arreglos institucionales fundamentales y secundarios. (North, 1974:21)

En cada sistema jurídico existen partes del Derecho que no operan en la vida real. En estos casos, el vacío es colmado por otras instituciones informales integrantes también del sistema jurídico. Este fenómeno es común o excepcional dependiendo del grado de avance político, económico y cultural de la sociedad de que se trate.

1.3.- ¿Cuáles son las instituciones informales de los sistemas jurídicos?

Como ya mencionamos, aparte del Derecho como conjunto de instituciones formales, los sistemas jurídicos comprenden instituciones informales. La característica de éstas últimas es que no están asentadas por escrito, ni su forma de creación, aplicación, transformación o sanción, o incluso contenido preciso, se encuentran establecidos de manera indubitable. Sin embargo, constituyen reglas operantes en las transacciones e interacciones relevantes entre los miembros de una sociedad y, también, con miembros de otras sociedades.

Las instituciones formales e informales guardan entre sí una relación de complementariedad y de contraposición. Esta interesante paradoja se explica al examinar el origen de las instituciones informales. Estas aparecen inclusive antes que las formales, son las reglas espontáneas que las sociedades mismas van construyendo en su praxis para llenar esa necesidad de certidumbre a que nos hemos referido; son las costumbres, los usos y las convenciones que van formando los sistemas jurídicos incipientes.

A medida que las sociedades se desarrollan y, por ende, se toman cada vez más complejos sus sistemas de interacción, se va imponiendo la necesidad de avanzar en la formación y perfeccionamiento de las instituciones formales que den una más confiable, cierta, segura, predecible y menos controvertible base para interactuar.

Sin embargo, las transacciones sociales de todo tipo pero, sobre todo, las económicas y políticas, se presentan y transforman en la vida real con mayor velocidad y riqueza de la que es capaz de asimilar el subsistema formal del Derecho. Estas circunstancias generan la necesidad de las instituciones informales que, a su vez, constituyen una fuente que podemos llamar tradicional de las instituciones formales. Es más, existen sistemas jurídicos que prevén, en ciertos campos de mutación constante y bajo determinadas reglas, la inclusión dentro de las instituciones formales de aquellas instituciones de carácter informal consistentes y coherentes con las formales.

Las anteriores reflexiones sobre las instituciones jurídicas informales nos recuerdan a dos pensadores contemporáneos que señalaron recientemente: la jurisprudencia angloamericana enfatiza la "regla de la razón" (*rule of reason*) y en gran medida desatiende la "razón de las reglas" (*reason of rules*).⁷ Pensamos que esta observación puede ser fructífera también en universidades y foros mexicanos.

⁷ BRENNAN, 1987:ix.

1.4.- ¿Para qué se construyen los sistemas jurídicos?

Los sistemas jurídicos son contruidos por uno, varios o todos los grupos integrantes de la sociedad, con la finalidad de crear condiciones de seguridad, certidumbre y eficiencia en las interacciones humanas trascendentales de la vida política, económica y social.

Expliquémonos. Podemos decir que los seres humanos han tratado siempre de organizarse en sociedades para interactuar entre sí y con miembros de otras sociedades con el fin de satisfacer mejor sus necesidades, desde las más elementales hasta las más complejas. La eficacia de las interacciones depende de la predecibilidad de las consecuencias de cada acción. Dicho de otra manera, una sociedad satisfará más fácilmente y con mejor calidad sus necesidades en la medida en que sus interacciones encaminadas a esos fines tengan consecuencias perfectamente predecibles.⁸

Por ejemplo, si un comprador no cuenta con información completa sobre regulación de precios y avalúos para saber de antemano cuánto debe pagar por el bien que requiere, ni cómo y cuándo debe pagar, ni si la calidad del bien concreto que está comprando realmente colmará sus expectativas y cómo reclamar en caso contrario, etcétera, su interacción con el vendedor será muy poco predecible (puede decirse lo mismo por lo que toca al vendedor). Dicho de otro modo, la falta

⁸ Esta eficiencia funcional no implica que todos los grupos sociales se beneficien por igual de la misma. Es más, podemos hablar de la función beneficio-costó social de las instituciones jurídicas. (Véase North, 1974:1).

de precisas reglas mercantiles sobre contratación y demás aspectos relacionados, ocasionará que mucho tiempo, trabajo y, eventualmente, dinero se desperdician por todas las personas que interactúan, por falta de certidumbre institucional respecto a las consecuencias precisas de la conducta de los diversos actores jurídicos.

Similar alto costo social se paga en una sociedad en la que no se justifica ni se sabe bien por qué determinadas personas gobiernan e imponen su voluntad sobre las demás a través de un aparato de fuerza a su servicio, o se ignora, igualmente, cuáles son las reglas vigentes de conducta y cómo y cuándo se van a cambiar, y quién, cómo y en qué casos las va a aplicar realmente si alguien se rehusa a cumplirlas.

Las sociedades con estas características de impredecibilidad respecto de la conducta de los diversos agentes sociales y de las consecuencias de dicha conducta son sociedades muy ineficientes, consideradas como un todo.⁹ en su tarea de crear los bienes y servicios requeridos para satisfacer a un alto nivel las necesidades de sus habitantes y para comerciar con el extranjero. Asimismo, son muy ineficientes para tomar decisiones de índole colectiva que necesiten conseguir acuerdos basados en expectativas, pues no se tendrá seguridad de que lo prometido se vaya a cumplir y que el incumplido, si es el caso, sea obligado a cumplir aun contra su voluntad. En resumen, las sociedades son ineficientes en la medida en que no existen reglas económicas, políticas y culturales confiables.

⁹ Generalmente existen grupos beneficiados de esta situación más o menos caótica, sin embargo, la sociedad en su conjunto desperdicia recursos y el resultado agregado es negativo.

Esta ineficiencia social se hace más evidente al compararla con la eficiencia de otras sociedades que generan sus productos con bajos costos derivados del mayor grado de seguridad y certidumbre que tienen sus agentes sociales sobre qué esperar de la conducta de cada quien en el intercambio e interacción sociales.¹⁰

1.5.- ¿Qué clase de certidumbre generan los sistemas jurídicos?

Son los sistemas jurídicos los que sientan las reglas del juego, formales e informales, en las sociedades a través de sus instituciones. La eficiencia o ineficiencia de los sistemas jurídicos depende de la medida en que proporcionen certidumbres en siete áreas:

- a) La estructura y funcionamiento del Estado,
- b) La forma en que se procesan, mediante discusión y cesión, los intereses diversos y antagónicos de los grupos sociales,
- c) La participación de los gobernados en la elección o designación de las autoridades y vigilancia de las mismas,

¹⁰ Aunque en estas sociedades tampoco los beneficios se obtienen por partes equivalente por todos los grupos sociales, las desigualdades son menores.

d) El significado de términos clave básicos para cualquier intercambio o negocio (transacción que crea, modifica, transmite o extingue obligaciones). De suerte que los intercambios relevantes, sean económicos, políticos o culturales, cuenten con un lenguaje bien definido que sea confiable referencia para cualquier disputa sobre la interpretación y alcance de cualquier transacción en particular,

e) Las precisas consecuencias obligatorias generadas por las diferentes conductas previstas por las instituciones,

f) Los procedimientos con que se deben realizar las conductas para que tengan determinadas consecuencias exigibles, y

g) Los procedimientos para detectar, determinar y exigir coercitivamente a una persona el cumplimiento de sus obligaciones, cuando se niegue a hacerlo o trate de evitarlo.

El grado de seguridad y certidumbre de los sistemas jurídicos deriva de lo avanzado del sistema en términos de su racionalidad, como precisaremos más adelante.

1.6.- ¿Cómo se forman y transforman las instituciones integrantes de los sistemas jurídicos?

Las instituciones jurídicas son creadas por las interacciones sociales de individuos, grupos y organizaciones. A su vez, tanto los individuos como los grupos y las organizaciones son conformados por las instituciones en una relación de influencia dialéctica.

Su transformación ocurre de la siguiente manera: Los diversos factores de poder e interés que integran los núcleos sociales son de naturaleza dinámica y tratan de impulsar cambios institucionales en diversos sentidos o de oponerse a los cambios, según se beneficien o perjudiquen sus intereses. Como ya dijimos, el marco institucional existente está constituido por dos niveles: uno constitucional, núcleo duro difícil de modificar que establece las bases esenciales del sistema total y otro, que hemos denominado de aplicación práctica, más flexible para el cambio.

Así pues, el sistema jurídico es una resultante pero también una condicionante de los juegos de fuerzas e intereses sociales, de los acuerdos a que arriban dichas fuerzas sociales o de la imposición por la fuerza, formal o informal, de algunos de ellos.

En otras palabras, los sistemas jurídicos reflejan la correlación de intereses sociales que disputan entre sí por la dirección y diseño de la sociedad. Este reflejo será nítido o confuso dependiendo del grado de libertad que exista para que cada

grupo exprese y luche por sus propuestas abiertamente, sin que sus acciones sean reprimidas en forma ilegítima.

En esta tesis tratamos de identificar, en la gestación del sistema jurídico de los Estados Unidos de América, cuáles fueron las fuerzas y los intereses fundamentales en disputa, cómo evolucionaron y se manifestaron en las instituciones jurídicas, cuáles fueron las fuerzas en pro y en contra de los cambios, con cuáles argumentos jurídicos sostuvieron sus posiciones y, finalmente, cuál fue el marco de libertad que campeó en la gestación de dicho sistema jurídico.

1.7.- ¿Cuál es la racionalidad del sistema jurídico?

Los sistemas institucionales de Derecho de una nación suelen presentar diferentes grados de lógica o racionalidad. Y, claro, entre mayor sea el grado de racionalidad, mayor será la eficacia real (no la eficiencia¹¹) del sistema en cuestión.

La racionalidad de los sistemas jurídicos depende de la de cada una de sus instituciones en particular y de la de todas ellas entre sí como un todo. La

¹¹ Llamamos eficiencia a la capacidad para impulsar a una entidad (una sociedad, una empresa, etc.) a su mejoramiento, éxito y progreso. Una institución puede ser eficaz si opera y consigue los fines para los que se ideó y diseñó y, a la vez, puede ser ineficiente si no mejora las condiciones de interacción económica, política y social para que los miembros de la sociedad de que se trate vivan mejor.

racionalidad del sistema institucional debe examinarse en varios niveles y áreas, a saber:

- a) Su racionalidad intrínseca, o sea, que sean lógicas en si mismas,
- b) Su racionalidad extrínseca, esto es, que sean lógicas en función del contexto de todas las instituciones que componen el sistema,
- c) Su racionalidad instrumental, medio a fin, en función de las necesidades de la sociedad de que se trate y de los recursos reales, humanos y físicos, disponibles en la misma,
- d) Su racionalidad dinámica-instrumental para que la transformación del sistema jurídico sea en concordancia con la transformación de la sociedad,¹²
- e) Su racionalidad axiológica, esto es, que la operación, logros y dirección de sus cambios sean acordes con la jerarquía de valores sociales prevaleciente en la colectividad,
- f) Su racionalidad participativa en función de la capacidad de la población para intervenir en el proceso institucional, condicionado por el grado de

¹² En este aspecto debe cuidarse la tendencia tecnocrática que reduce o privilegia exageradamente la meta de transformación a la productividad económica, considerada con parámetros internacionales, y a ella trata de supeditar la transformación del sistema jurídico. (Véase North, 1974:7)

información, la aptitud de comunicación y agrupación, y el poder de decisión y acción de la población, y

g) Su racionalidad organizativa-estructural, o sea que las instituciones del sistema faciliten que los cuerpos públicos, privados y sociales se estructuren y funcionen con racionalidad instrumental intrínseca y extrínseca.

1.8.- ¿Qué relación tiene la democracia con los sistemas jurídicos?

En un régimen de democracia madura las instituciones formales e informales del sistema jurídico mantienen una estrecha relación de consistencia y coherencia entre sí, en cuanto ambas se condicionan y rediseñan continuamente. Una consecuencia de esto es que la cantidad de reglas e instituciones formales prepondera respecto de las informales. Pero aún más, en estos casos el sistema jurídico mantiene bastante coherencia y claridad en sus reglas tanto formales como informales. Además, posee un gran dinamismo de enriquecimiento del subsistema formal a partir de los desarrollos del informal, sin perjuicio de los ajustes que las reglas formales van teniendo mediante los procesos democráticos de transformación del Derecho. La transparencia y consistencia de los procesos jurídicos formales e informales puede llegar a tal grado que el Derecho, como conjunto de instituciones formales, y el sistema jurídico, como conjunto de instituciones formales e informales se acerquen a la identidad.

Estas dos últimas características de un sistema jurídico representan una sensible y valiosa ventaja para una racional predecibilidad y planeación de acciones que, ciertamente, ahorra mucho en términos de esfuerzos, tiempo y recursos requeridos para las transacciones que los miembros de una sociedad deben realizar para satisfacer sus necesidades. En todo tipo de sociedad, pero particularmente en el capitalismo de libre competencia, dichos ahorros disminuyen los costos con las obvias ventajas en la competencia económica, política y cultural.

Por el contrario, entre menos democrático es un país mayor es la distancia entre los subsistemas jurídicos formal e informal. Consiguientemente, es menor la predecibilidad de las consecuencias jurídicas esperables y atribuibles a las acciones de las personas, con el correspondiente desperdicio de tiempo, esfuerzo y oportunidades en las interacciones económicas, políticas y culturales de esa sociedad.

Adicionalmente, y para fines de estudio, en casos de deficiente democracia es más difícil conocer realmente el Derecho y el sistema jurídico del país en cuestión, por cuanto las instituciones informales son las que prevalecen contradiciendo, muchas veces, lo establecido por las formales, por lo que no es de extrañar que éstas sean propositivamente oscuras.

Una característica de estos regímenes de duales y relativamente incompatibles subsistemas jurídicos, formal e informal, es que pueden producir un cierto grado de estabilidad basado en un gobierno autoritario que al impedir el

libre juego de las fuerzas e iniciativas sociales, detiene el desarrollo del Estado e igualmente detiene el proceso necesario de adaptación de las economías a las exigencias de la competencia mundial. Así pues, una de las más trágicas consecuencias de este tipo artificial de estabilidad es el estancamiento en la actividad económica y de las capacidades económicas, políticas y culturales de la población.

En los países con mayores desigualdades sociales, como México, comúnmente existen economías duales, o sea, economías en las que coexisten dos sistemas económicos; uno que opera más o menos con el régimen de mercado y otro marginal, ordinariamente denominado premoderno. Este esquema asimétrico se refleja en el sistema jurídico en forma de desequilibrios y, sobre todo, genera la coexistencia de dos ordenes diferentes de reglas formales e informales. De esta suerte, el resultante sistema jurídico es confuso y, por tanto, ineficaz para otorgar la certidumbre necesaria para predecir consecuencias en las transacciones e interacciones para los nacionales del país en cuestión y más para los extranjeros de países poco habituados y familiarizados con los vericuetos de un sistema jurídico de este tipo.

La tarea en estos países es, vía la democratización de todos los ámbitos de la vida social, acercar los subsistemas jurídicos formal e informal eliminando sus discrepancias. ¿Qué tan gradual debe ser este proceso? Depende de la urgencia de bajar costos en las interacciones económicas, políticas y culturales, y esta urgencia, a su vez, está marcada por el ritmo de apertura competitiva vigente en el país.

Dado que México no solamente se encuentra abierto a la competencia mundial sino que integra formalmente ya la región norteamericana de libre comercio, resulta clara la inminente necesidad que tiene de eliminar costos perjudiciales a su competitividad, para no recurrir con tal fin sólo a la contención de salarios, cuyos riesgos sociales han probado ser incalculables y su eficacia a largo plazo nula y aun contraproducente.

De lo anterior se infiere una razón más para estudiar el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, que ha demostrado en muchas ocasiones gran flexibilidad y capacidad de regeneración para lograr y mantener una posición de creciente bienestar para sus pobladores, basado en la certidumbre de su sistema institucional democrático.

1.9.- ¿Qué significa la armonización de los sistemas jurídicos en las zonas de libre comercio?

Los sistemas jurídicos nacionales se han considerado tradicionalmente dotados de soberanía, por lo que el derecho internacional ha sido creación de entidades soberanas y, por ende, de precaria coercitividad. Esta situación ha evolucionado en las últimas décadas aceleradamente hasta arribar a casos de creación de sistemas jurídicos supranacionales. En estos últimos eventos los sistemas nacionales de los países involucrados han observado, también, un

proceso de influencia y atracción que si bien ha generado tensiones también ha dado lugar a armonizaciones altamente operantes.

Un estadio intermedio en el mencionado proceso de integración lo constituyen las uniones de libre comercio que, como es sabido, tienen tres fines fundamentales: a) El crecimiento económico de los países involucrados por la apertura de nuevos mercados accesibles sin barreras arancelarias y no arancelarias, b) El aumento de competitividad al interior y al exterior de la región derivado de las economías de escala generadas por el mencionado crecimiento, y c) La supuesta convergencia en los niveles de vida que paulatinamente se produce en los países de la región.

Sin embargo, como requisito *sine qua non* para su eficiente operación, las uniones de libre comercio han menester de sistemas jurídicos muy afines en varias áreas, que liberen a las transacciones e intercambios de la mayor cantidad posible de costos. Sin perjuicio de la necesidad de instituciones jurídicas que eviten indebidos beneficios para cualquiera de los socios o deterioros, en cualquier aspecto.

En consecuencia, al estudiar el sistema jurídico de los Estados Unidos de América debemos tener en mente que el sistema jurídico de nuestro país debe seguirse transformando pero conforme a un modelo racionalmente diseñado por los mexicanos de todos los sectores y regiones, para alentar nuestro desarrollo productivo no sólo en su aspecto económico, sino en sus dimensiones comunitarias, familiares y humanas en general, y así facilitar y promover las

transacciones leales de comercio precaviendo, al mismo tiempo, nuestros recursos e identidades nacionales.

Debemos plantear una última consideración, relativa a los sistemas jurídicos, en virtud de que el sistema de los Estados Unidos de América, cuya evolución pretendemos esbozar, pertenece a la llamada familia jurídica del *common law*, a diferencia del nuestro que pertenece a la familia del llamado derecho civil de origen románico.

Al respecto, deben considerarse los siguientes hechos: a) las diferencias entre sistemas jurídicos de ambas familias en general, y entre el de los Estados Unidos de América y el de México en particular, no ha sido obstáculo para las influencias ya mencionadas, b) la diferenciación entre ambas familias jurídicas ha venido diluyéndose debido, principalmente, a la vocación internacional y uniformizante del capitalismo que hoy se expresa como globalización,¹³ y c) las presiones integradoras se presentan, primordialmente en el área del comercio, *lato sensu*, y permean los demás campos relacionados sin que sea obstáculo el tipo de Derecho nacional de los países que se integran. Así lo atestiguan los recientes Tratados de Maastricht y de Libre Comercio de América del Norte, así como la nueva y más abarcadora institucionalización multilateral de comercio mundial lograda con las recientes reformas y transformaciones de lo que hasta ahora fue el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.

¹³ En este mismo sentido René David afirma: "Los Derechos que pertenecen al (Derecho romano-germánico y al Common Law) han mostrado una tendencia a la aproximación y existen motivos sobrados ... para poder hablar de una gran familia de Derecho Occidental que abarque a ambos". DAVID, 1968:17.

1.10.- ¿Qué relación existe entre el análisis de sistemas jurídicos y el Derecho comparado?

En el análisis de un sistema jurídico se estudian las instituciones, formales e informales que lo integran. Si se trata de una investigación histórica, el análisis se enfocará a la evolución de dichas instituciones para captar la lógica y racionalidad con la que se han forjado y desarrollado, y, por ende, para definir las fuerzas sociopolíticas operantes y los equilibrios encontrados. Si fuere el caso del estudio descriptivo de un sistema jurídico tendrían que clasificarse sus instituciones y precisarse el contenido de ellas.

Tratándose de un estudio de Derecho comparado, o de comparación jurídica como propone Tamayo y Salmorán¹⁴, la definición de las instituciones por compararse debe hacerse traduciéndolas, por decirlo así, a un lenguaje común dependiendo del marco cognoscitivo que se emplee en la investigación (positivista, sistémico, jusnaturalista, etc.).

Aun cuando la presente tesis es de carácter histórico-analítico, ciertamente que intenta ofrecer algunas bases para futuras investigaciones comparativas. Es más, consideramos que cualquier intento comparativo debe ser precedido de un profundo análisis de cada uno de los sistemas jurídicos en los que se enclaven las instituciones por analizar, con objeto de evitar comprensiones equivocadas de las instituciones, ya que la misma figura puede significar diferente realidad

¹⁴ TAMAYO, 1986:1355.

dependiendo de la relación que guarde la institución formal de que se trate con otras instituciones informales correlacionadas.

Quisiéramos hacer notar la escasez de investigaciones jurídicas, tanto históricas como comparativas, de lo que hemos llamado instituciones jurídicas informales, pudiéndolas encontrar ordinariamente realizadas por politólogos o sociólogos, necesariamente desde sus perspectivas. Es comprensible la tendencia, sobre todo de los juristas positivistas, a centrar sus preocupaciones en instituciones de derecho positivo o formales, sin embargo, creemos que precisamente en México serían fructíferas investigaciones jurídicas sobre instituciones informales considerando su preponderancia en nuestro sistema.

Por último y en seguimiento a lo propuesto en el párrafo anterior, nos permitimos exponer que, a través de la presente investigación creemos haber confirmado que la complejidad del fenómeno jurídico, y de la vida social en general, imponen cada vez más imperativamente la necesidad de estudios multidisciplinarios desarrollados o conducidos por juristas de formación.

CAPITULO 2

LA FORMACION DEL SISTEMA JURIDICO COLONIAL

Este capítulo está dividido en dos partes. En la primera, proporcionamos una visión del contexto económico, político, jurídico y social que prevalecía en la Inglaterra del siglo XVII, durante el cual se fundaron las 13 colonias americanas que se transformarían en los Estados Unidos de América.

En esta primera parte resumimos los tres procesos desarrollados en Inglaterra y que constituyen el referente indispensable para comprender el proceso formativo del sistema jurídico americano. Estos procesos son: a) La formación del imperio económico, b) La revolución burguesa, y c) La consolidación del imperio.

En la segunda parte, ofrecemos un análisis de los principales documentos por los que se establecen las primeras constituciones jurídicas de las colonias inglesas en América. Al hacer dicho análisis enfatizamos en los gérmenes del sistema jurídico americano surgidos en esta etapa y que habrían de devenir en lo que propiamente podemos llamar el constitucionalismo formativo de los Estados Unidos de América.

2.1.- Inglaterra en el siglo XVII

La formación del sistema jurídico de Estados Unidos debe estudiarse en el contexto del sistema institucional inglés del siglo XVII y con alguna referencia al siglo XVI, ya que, a diferencia de las colonias americanas de España y Francia en las cuales no existían libertades religiosa ni política, las colonias inglesas propositivamente desarrollaron sistemas jurídicos con pretensiones no solamente de equiparación con el de la madre patria, sino de perfeccionamiento en los aspectos que les desilusionaban de la metrópoli.

Más aún, los cambios jurídicos y constitucionales de la Inglaterra del siglo XVII, sobre los que se construyó el marco institucional de las colonias americanas y después de los Estados Unidos de América, crearon el orden jurídico y político básico sobre el cual se consolidaría el sistema capitalista moderno y se desarrollaría la burguesía en todo el mundo. Este proceso posteriormente sería impulsado por la Ilustración, la Revolución Francesa, la Revolución Industrial y el Positivismo.

2.1.1.- La formación del imperio económico

Para comprender cabalmente la lógica con la que en el siglo XVII se formó el imperio económico inglés y su concomitante sistema jurídico moderno, vamos a establecer un antecedente remoto y los condicionantes históricos de la época, tanto externos como internos, que hicieron posible dicha formación.

El antecedente remoto es que ambos, el imperio económico y su sistema jurídico, germinaron durante los siglos XI y XII basándose en el antiguo *ius gentium* romano y en las prácticas de comercio internacional nuevas en aquella época. "En el curso de los doscientos años siguientes (a 1200), surgieron las fuerzas que habrían de culminar en las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX y la comunidad comercial de Europa occidental adquirió los atributos que la definen todavía hoy." "Entre 1200 y 1400 ... De las universidades, de las monarquías nacionales que acababan de adquirir su poderío (en Inglaterra y Francia), de las ciudades italianas (Venecia y Génova), y de la Liga Hanseática de las ciudades alemanas, surgió una literatura jurídica que destacaba y comentaba el derecho comercial y marítimo generalmente admitido."¹

Respecto de Inglaterra, en particular, el derecho romano introducido por Guillermo el Conquistador en el siglo XI y su mezcla con las tradiciones constitucionales anglosajonas engendraron, entre otras causas, el *common law*² y el constitucionalismo inglés primeramente concretado en la Carta Magna. La propiedad, la libertad frente al poder y, posteriormente, la libertad para actuar, fueron las piedras angulares del nuevo edificio.

Los principales condicionantes históricos externos que hicieron factible la formación del imperio económico inglés fueron:

¹ TIGAR, 1988:117-118.

² "El sentido ... en el cual nos referiremos más frecuentemente al *common law* es en un sentido "general" como opuesto a "local" o "especial". El *common law* fue el derecho real, común o general en todo el reino." LYON, 1960: 432.

a) El desarrollo del comercio mundial y, consecuentemente, de la producción tanto agrícola como manufacturera, debido al descubrimiento de América y a la competencia económica desencadenada por tal evento,

b) El crecimiento económico de Inglaterra posible gracias al apoyo de los Tudor a la incipiente burguesía y al fracaso de los Estuardo para revertir dicho apoyo. Con esto Inglaterra se colocó como potencia comercial mundial, inicialmente al parejo de Francia y Holanda y, posteriormente, con preponderancia sobre estos países, y

c) El desplazamiento del eje económico mundial al Atlántico debido, por un lado, al decaimiento del comercio mediterráneo, en perjuicio de Italia y Alemania, y, por otro lado, al surgimiento de Inglaterra como potencia de los mares a consecuencia de la derrota de la Armada Invencible. La derrota de esta Armada, que representaba la unión de las fuerzas marítimas de España y Francia, significaba también la derrota de la reacción católica en la Europa monopolizadora de las rutas oceánicas para el Nuevo Mundo. También significaba el establecimiento, para los siglos venideros, de una civilización inglesa moderna a la vez insular y oceánica. Esta nueva naturaleza de Inglaterra constituía su emancipación de la civilización continental de la que la había hecho formar parte la conquista normanda. Por último, la derrota de la propaganda jesuita y de la marina española confirmaba la visión del Papa como el Anticristo y la misa como una abominación. En fin, la imagen de la nación inglesa se implantaba como la esperanza ética y económica de un Nuevo Mundo que requería un nuevo marco institucional expresado en un novedoso sistema jurídico.

Por lo que hace a los principales condicionantes históricos internos que hicieron factible la mencionada formación del imperio económico inglés, podemos mencionar los siguientes:

a) El régimen inglés no era despótico, a diferencia de los procesos jurídico-políticos continentales de la época, esto se debía, fundamentalmente, a que los Tudor habían promovido el culto al rey y no al despotismo.

b) El sistema jurídico se basaba en la supremacía de la ley y la costumbre inglesas y no admitía rompimientos arbitrarios del sistema por parte del rey.

Un ejemplo. Cuando a principios del siglo XVII los Estuardo sustituyeron a los Tudor en el trono inglés, James I trató de convertir el culto al rey en base de su supremacía jurídica haciéndolo derivar del derecho divino hereditario. Con este fundamento, la autoridad real se colocaba por encima de la ley y la costumbre. Trevelyan nos cuenta que "... en Newark ordenó que un ratero cogido *in fraganti* fuera ahorcado sin juicio por una palabra de su real boca..."³. Este intento de despotismo de corte continental habría de catalizar, como lo veremos en el capítulo siguiente, la más rotunda afirmación de la supremacía de la ley y la costumbre, poniendo las bases esenciales del sistema jurídico moderno sobre el cual se desarrollaría exitosamente el capitalismo hasta nuestros días.

³ TREVELYAN (POLITICA), 1984:266.

c) La consolidación del Estado nacional inglés bajo el control central del rey, llevada a efecto por Enrique VIII y por Elizabeth I en la primera y en la segunda mitades del siglo XVI, respectivamente.

d) La reforma religiosa con que se creó la Iglesia anglicana desvinculada de Roma. Con la remoción de la burocracia eclesiástica extranjera se eliminó todo elemento intermediario entre los ingleses y se transitó hacia una concepción nacional o patriótica de los deberes del hombre hacia la sociedad, en lugar de aquella obediencia a órdenes y corporaciones cosmopolitas.

e) El sistema jurídico inglés consolidó su carácter nacional frente a una creciente competencia internacional, tanto comercial como política, entre los Estados nacionales. Esta consolidación del sistema jurídico de Inglaterra se fundó, primordialmente, en el *common law*, el desvanecimiento del aislamiento entre burgos distantes en virtud al contacto de sus representantes en la asamblea nacional del Parlamento, la nueva industria textil basada en una organización nacional que exigía seguridad jurídica uniforme. Por último y aunque parezca paradójico, esta consolidación del sistema jurídico nacional se apuntaló con el desarrollo de un derecho comercial internacional representado por las leyes de navegación inglesas a las que nos referiremos con más detalle después,

f) La nueva literatura y el nuevo lenguaje comunes impulsaron un proceso de acercamiento social en dirección de una configuración de la fisonomía social de la nación inglesa,

g) La abolición de todas las fidelidades que se interponían entre el individuo y el Estado, promovida por los Tudor, logró en la arena política y jurídica lo que el protestantismo consiguió entre el individuo y Dios. El resultado fue una ideología intensamente nacional e individualista,

h) La unificación de Inglaterra, Escocia y Gales en manos de una Corona de poder central indiscutido. Poco antes, en el otoño de 1558, Inglaterra era un país católico romano virtualmente sometido a España, y Escocia era un país católico romano virtualmente sometido a Francia. La doble rebelión tuvo éxito porque España y Francia siguieron siendo rivales, mientras Inglaterra y Escocia se hicieron aliadas,

i) El florecimiento y diversificación de las manufacturas inglesas (textiles de lana y de seda, tapicería de lujo, acero, latón, cobre, papel, vidrio) fue alentado por la inmigración de buenos artesanos hostigados por persecuciones religiosas en el continente,

j) El fortalecimiento de su propia capacidad de transporte marítimo a grandes distancias fue obligado, en cierta manera, por el colapso de ciudades continentales, como Antwerp, que realizaban la distribución de sus mercancías. Además, fueron cruciales los crecientes requerimientos del distante mercado de América.

Ya desde los Tudor, los isleños se habían dado cuenta de que su remota situación se había convertido en un aventajado puesto central que dominaba las

modernas rutas del comercio y la colonización y de que el poder, la riqueza y la aventura estaban para los ingleses en el remoto extremo de los viajes oceánicos.

k) La empresa privada y la iniciativa individual hacían del desempeño personal la llave del destino. Esta tendencia modificaba y reacomodaba los estratos sociales promoviendo el acercamiento entre una aristocracia feudal que se adaptaba a la nueva forma de producción y de comercio, y una clase burguesa que aspiraba a un *status* social de propietario. Esta unión produciría una combinación de intereses que lanzaría a las dos clases al mar como socios de la guerra y del comercio.

l) La reina Elizabeth I así como sus sucesores comprendieron la necesidad de apoyar a y apoyarse en los grupos económicos y políticos emergentes. Consecuentemente, el sistema jurídico giró hacia un soporte gubernamental de cuño mercantilista representado en las Leyes de Navegación de 1651, 1663 y 1673. También el sostén gubernamental se expresó en un subsistema jurídico informal de respaldo a la piratería. Francis Drake mostró que no era mucha la distancia entre el más grande de los piratas y el más grande de los almirantes reales, máxime si sus barcos de guerra, con numerosa población marinera acostumbrada durante siglos a navegar en los mares tempestuosos del norte, se tenían que enfrentar a los barcos trasatlánticos de España que no eran barcos de guerra y por ello eran presa fácil de los piratas ingleses.

2.1.2.- La revolución inglesa

La revolución burguesa ocurrida en la Inglaterra del siglo XVII consistió, escuetamente, en un reacomodo social y político de los principales grupos de la sociedad y en el consecuente cambio del sistema jurídico a nivel constitucional. O dicho de otra manera: al cambiar cualitativamente el sistema institucional de la economía se generó la correspondiente presión para adecuar, en consecuencia, los marcos institucionales del derecho, de la política y de la cultura. Para el propósito de esta tesis, el examen de la esencia de esta revolución nos debe explicar la naturaleza de las colonias inglesas que se fundaron, precisamente, en este siglo y, en gran medida, a consecuencia de la revolución de que estamos hablando.

Para comprender dicho fenómeno revolucionario consideramos indispensable contar con nociones claras de dos aspectos: a) la estructura social y política que privaba en el país a principios del siglo XVII, y b) las instituciones a través de cuyo balance los diferentes grupos sociopolíticos fueron procesando sus diferencias, reacomodándose y conformando la constitución del nuevo Estado y, por consiguiente, del nuevo sistema jurídico.

Abordemos los dos aspectos mencionados sucesivamente. Para el primer objetivo vamos a aludir esquemáticamente a las clases sociales inglesas existentes al iniciarse dicho siglo.

En el nivel superior se ubicaba el rey, su familia y su consejo privado encargado de aconsejarlo y apoyarlo en los asuntos de Estado, especialmente en sus relaciones con el Parlamento.

La nobleza ocupaba el siguiente estrato; estaba integrada por dos grupos, el de la aristocracia hereditaria que tradicionalmente había constituido el control del poder armado, y el grupo de los obispos cuyo *status* no era hereditario. Los representantes de esta clase constituían la Cámara de los Lores que, a más de cuidar sus intereses fundamentales de terratenientes feudales, mediaban políticamente entre el rey y la Cámara de los Comunes.

Enseguida se encontraba la clase llamada de los gentiles-hombres que eran, principalmente, terratenientes sin títulos de nobleza pero que, sin embargo, habían comprado a la Corona o a sus ministros el privilegio de contar con un escudo de armas otorgado por el Colegio de Armas. Sus actividades se desplazaban con frecuencia rumbo al área del comercio.

La incipiente burguesía era la siguiente clase que comprendía al pujante sector de los mercaderes, manufactureros, pequeños comerciantes, artesanos y demás grupos involucrados en actividades no agrícolas.

La última capa social estaba integrada por los no propietarios, por aquellos cuya única oportunidad económica era un sueldo. Más allá de esta capa existía el lumpen.

No quedaría completa, para nuestras necesidades, esta rápida visión de la estructura social inglesa del siglo XVII si no aludiéramos al llamado "derecho de los pobres", única institución de esta clase en toda la Europa de los siglos XVII y XVIII. Comenzó este derecho en tiempos de Elizabeth I como un recurso acordado por la reina y su consejo privado y operado por el sistema de funcionarios provinciales y municipales, destinado a prestar ayuda y socorro a los menesterosos en años de escasez. Posteriormente, entre 1629 y 1640, esta institución se hizo permanente e incluyó a los jueces de paz para la crucial tarea de procurar trabajo a los desempleados y, a la vez, para castigar a los vagos y borrachos⁴. La importancia de esta institución inglesa establecida justamente en el momento en que se comenzaban a fundar las colonias americanas no se ha evaluado suficientemente, a nuestro juicio. Baste apuntar que el "derecho de los pobres" aminoró la presencia de los regimientos de miserables con hambre, sin trabajo y sin destino que pululaban en el continente. Estos contingentes no sólo generaban el consiguiente peligro social sino que representaban la vergüenza de sociedades con sistemas jurídicos no inclusivos. La historia habría de hallar estos mendigos enardecidos en todas las revueltas de la época que culminarían en la Revolución Francesa.

Por último, otro dato importante para nuestros propósitos. No existió en Inglaterra sistema policíaco represivo sino hasta 1830, obviamente con el advenimiento de los ejércitos de desempleados producidos por la eclosión de la revolución industrial en ese país⁵. Mucho nos debe decir este fenómeno de la

⁴ TREVELYAN (SOCIAL), 1984:245-246.

⁵ TREVELYAN (SOCIAL), 1984:246.

cultura jurídica prevaleciente de los súbditos ingleses que fueron a colonizar Norteamérica.

Examinemos brevemente ahora las instituciones a través de cuyo balance los diferentes grupos sociopolíticos procesaron sus diferencias, se reacomodaron y conformaron una nueva constitución para un nuevo Estado y, consiguientemente, diseñaron un nuevo sistema jurídico. Tales instituciones fundamentalmente consistían en la Corona, la Cámara de los Lores, la de los Comunes y los jueces.

De lo que apuntamos respecto al surgimiento del imperio económico de esa nación se colige que la clase más dinámica y aprovechadora del auge fue la que hemos denominado como incipiente burguesía, acompañada por algunos grupos de los gentiles-hombres que comenzaban a transformarse al compás de la época, conectándose con las actividades manufactureras, financieras y comerciales.

La fuerza económica de estos grupos se fue manifestando, cada vez más, en el foro que le permitiría transformar el sistema jurídico inglés a conveniencia de sus intereses: el Parlamento y, particularmente, la Cámara de los Comunes.

La mayor parte del siglo XVII estuvo marcada por una permanente disputa entre el rey y el Parlamento. Forma tensa y aun violenta en que se vislumbraba el triunfo de la modernidad, del capitalismo y, por ende, de la burguesía sobre el feudalismo y la nobleza.

En virtud de que los temas y el desarrollo de esta disputa determinó en buena medida el sistema jurídico de las colonias americanas, vamos brevemente a dibujar algunos trazos que nos den idea de los puntos en controversia y de los tiempos en que procedió la lucha.

No es pertinente hacer aquí una historia de la evolución del Parlamento inglés, sin embargo, es indispensable señalar que con la última gobernante Tudor, Elizabeth I, el Parlamento ya había adquirido sus caracteres esenciales cuyo desarrollo completo se efectuaría en el siglo XVII. Durante el mandato de dicha soberana, el Parlamento tuvo un gran progreso en formas de procedimiento y desarrolló el sistema de comisiones. Con esta práctica, en 1640 ya contaba con una complicada organización de tipo moderno que no se limitaba a preparar el trabajo de los consejeros privados del rey, como antaño, sino que las comisiones elegían por sí mismas los asuntos por discutir y, de esta guisa, aprendían a hacer por su cuenta leyes y políticas prácticas.⁶

Recién iniciada la siguiente centuria, en 1603, James I sucedió a Elizabeth I. Al año siguiente convocó al Parlamento para solicitarle dinero, como era el ordinario objetivo de estas convocatorias. El Parlamento le solicitó a cambio a) que fuera la propia Cámara de los Comunes y no la Corte de Chancery la que calificara sus propias elecciones y b) que sus miembros gozaran de inmunidad y de libertad de expresión.

⁶ TREVELYAN (POLITICA), 1984:284.

Al inaugurar el Parlamento convocado en 1610, James I dijo: "El monarca es el supremo ser sobre la tierra: porque los reyes no solamente son los oficiales de Dios sobre la tierra, y se sientan en el trono de Dios, sino que incluso Dios mismo les llama dioses...". Como respuesta, el Parlamento le propuso al rey el llamado "Gran Contrato" según el cual entre ambos deberían negociar los impuestos. El resultado fue que el rey disolvió el Parlamento sin llegar a acuerdo alguno.

Charles I sucedió a James I en 1625. En ese mismo año convocó al Parlamento requiriéndole dinero para su guerra con España. Sin obtener el resultado que buscaba, lo disolvió.

En su tercera convocatoria parlamentaria, en 1628, obtuvo algún dinero a cambio de reconocer los siguientes derechos al Parlamento:

- a) Los impuestos debían establecerse sólo con consentimiento del Parlamento,
- b) Sólo se pondría en prisión a un súbdito si se demostraba debidamente una causa,
- c) No se exigiría alojar a soldados en las casas privadas, y
- d) No se pondría a civiles bajo ley marcial.

Bastan estas referencias sobresalientes para apreciar los términos y las tendencias de la disputa entre el rey y el Parlamento. Los términos eran los de un binomio: los ingresos de la Corona y el poder político del Parlamento. El binomio mostraba la transformación de la historia, el poderío económico del rey y la nobleza basados en la riqueza inmobiliaria feudal cedía al impulso inexorable de las manufacturas, de las finanzas y del comercio mundial, heraldos del capitalismo. Las tendencias de la disputa nos son ahora claras. Entonces apenas se vislumbraban y alentaban la lucha, vida o muerte, de los audaces burgueses.

Contra las pretensiones reales de supremacía no solamente el Parlamento se oponía. También los jueces, representados brillantemente por Sir Edward Coke y sus *Year-Books*, se habían convertido en el fiel de la balanza entre el rey y el Parlamento. El *Common Law* reviviría con el *Chief Justice* Edward Coke quien negó la idea expresada por Francis Bacon en el sentido de que los jueces eran "leones bajo el trono" responsables de cuidar al rey; Coke afirmó, por el contrario, que los jueces deberían, como intérpretes de *common law*, ser los mediadores entre la prerrogativa del rey y los derechos del Parlamento. De esta suerte, el poder judicial asumía la potestad revisora de los otros dos poderes. Así, en el caso del Dr. Bonham (1606) Coke aseveró: "cuando un acto del Parlamento es contra el derecho común y la razón, o repugnante o imposible de ser realizado, el *common law* debe controlar dicho acto y resolver que tal acto debe ser anulado."⁷ El poder judicial revisor de los actos de los otros dos poderes había nacido y, con él, un factor crucial de equilibrio entre poderes separados que completaría el nuevo marco institucional del sistema jurídico en revolución.

⁷ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 1985:58.

El nuevo esquema constitucional se integró aún más cuando Edward Coke declaró "... que el derecho mercantil constituía parte del *common law*, lo que significaba que los juristas y los tribunales de *common law* estarían en lo sucesivo al servicio de los mercaderes."⁸

Pero el paso definitivo hacia la nueva constitución lo dio el "Parlamento Largo" llamado así porque duró de noviembre de 1640 a septiembre de 1641. La importancia de este trascendental acto legislativo puede medirse con los siguientes elementos de juicio. Este Parlamento lo primero que hizo fue liberar a los prisioneros políticos del rey, a la vez que emitía un *Bill of Attainder* (sentencia política de muerte arbitrariamente dictada sin jurado) rubricada por el propio rey ordenando la aprehensión de los dos funcionarios más cercanos a él, Laud y Strafford, acusándolos de traición. Igualmente, emitió sendas leyes en que estableció que el Parlamento habría de reunirse, al menos, cada tres años y que, más importante aún, no podía ser disuelto por el rey sin la autorización del propio Parlamento. Asimismo, eliminó los tribunales de prerrogativa real denominados Cámara de la Estrella (*Star Chamber*), la Alta Comisión (*High Commission*), el tribunal de peticiones (*Court of Requests*) y los Consejos de Gales y del Norte. Este "Parlamento largo" impidió a la monarquía inglesa convertirse en algo cercano al absolutismo que entonces se generalizaba en Europa.

La primera parte de la lucha entre el rey, el Parlamento y los jueces a que estamos haciendo referencia concluyó con una abierta guerra civil que duró de

⁸ TIGAR, 1988:205.

1642 a 1648 y que el rey perdió, aparentemente por falta de dinero. La verdad es que los grupos sociales y las regiones que apoyaban al Parlamento eran precisamente las que éste representaba en la Cámara de los Comunes, esto es, la floreciente burguesía. Subsecuentemente, se enjuició al rey quien fue decapitado el 30 de enero de 1649.

De 1649 a 1660 el régimen monárquico inglés, incluyendo la Cámara de los Lores, fue sustituido por la República, Protectorado o *Commonwealth*, bajo la figura de Oliver Cromwell como Lord Protector.

Para nuestros propósitos, es conveniente reflexionar sobre el por qué, al término de dicho período, la monarquía inglesa fue restablecida. Esquemmatizando podemos decir que hubo, principalmente, dos razones. En primer lugar, el partido de Cromwell gobernaba basado en la fuerza y no en el consenso de los diversos grupos, esto es, la ley no resultaba de la negociación, mediación y equilibrio entre los grupos de interés. En el fondo, pues, los mismos argumentos antiautoritarios que habían llevado al levantamiento contra Charles I operaban respecto de este régimen de fuerza. En segundo lugar, quedó manifiesto que las figuras del rey y de la Cámara de los Lores jugaban un esencial papel en el sistema jurídico mixto: monarquía-aristocracia-democracia, que se consideraba preferible si aprovechaba las ventajas de cada una de dichas formas de gobierno y se evitaban sus defectos.

Estos hallazgos en la recreación del sistema jurídico inglés habrían de ser enormemente fructíferos en la evolución de los sistemas jurídicos coloniales y, a la postre, en la creación del sistema de los Estados Unidos de América.

La incompreensión de estas lecciones por el monarca inglés James III y su pretensión de restablecer una anacrónica e imposible hegemonía del rey sobre el Parlamento condujo a otra revolución, esta vez definitiva, cuyo resultado fundamental fue el colocar la supremacía parlamentaria como piedra de toque del sistema jurídico de Inglaterra.

La Revolución Gloriosa duró de 1688 a 1689 y su resultado, por así decirlo, quedó plasmado en dos documentos fundamentales impactantes de la vida jurídica y política en Inglaterra y en las colonias: La Declaración de Derechos del Hombre (*Bill of Rights*) y la Ley de Tolerancia.

Esta reacción violenta y definitiva contra la contumacia e insensatez política de James III catalizaría con insospechado ímpetu los procesos imperiales de la metrópoli inglesa sobre sus colonias. Proceso que directa y esencialmente afectaría la evolución de los sistemas jurídicos coloniales americanos hasta su conmovición y, finalmente, hasta su independencia, como examinaremos en el capítulo siguiente.

2.1.3.- La consolidación jurídica del imperio

El Estado inglés respondió a las revoluciones, cuyos contornos esenciales hemos sintetizado, mediante una restructuración de leyes e instituciones jurídicas a efecto de que fueran funcionales al nuevo mapa social. Este nuevo sistema se fue formando, en sus caracteres fundamentales, a lo largo del siglo XVII y tomó como eje el mercantilismo. Como esta doctrina determinó profundamente la relación jurídica entre la metrópoli y las colonias americanas en formación y, por ende, determinó en buena medida el sistema jurídico de éstas que es el objeto de nuestro estudio, vamos rápidamente a mencionar sus manifestaciones y desarrollos básicos para entender su repercusión colonial.

Durante la República se emitió la famosa Ley de Navegación de 1651⁹ que avanzó sustancialmente la institucionalización del mercantilismo imperial en su aspecto de apoyo proteccionista del gobierno a los empresarios nacionales aun cuando éstos no sean competitivos. En esta ley se estableció, principalmente, que todas las mercancías importadas a Inglaterra o a las colonias deberían ser

⁹ La primera Ley de Navegación se emitió en 1645 aunque no tuvo igual espectro. Sin embargo, este antecedente evidencia que antes de la guerra civil y, como veremos, durante la república, y después de la restauración monárquica el mercantilismo perfeccionaba y desarrollaba sus instituciones jurídicas como base de la construcción del imperio inglés. Situación que directamente condicionaría las luchas constitucionales de las colonias, como en su oportunidad veremos. Es interesante hacer notar que aún en 1994, ya dentro de un régimen de unión europea, Inglaterra sigue teniendo conflictos, ahora con España, por razones de nacionalidad de la tripulación de barcos abanderados ingleses, sin que sea el único país con este tipo de medidas.

transportadas en barcos ingleses cuya tripulación debería ser, por lo menos la mitad, inglesa.

El mismo año en que se restauró la monarquía, 1660, se promulgó una nueva Ley de Navegación. En ella se estableció, esencialmente que:

a) Las importaciones a territorios ingleses o exportaciones de éstos deberían ser en barcos ingleses y con tripulaciones al menos 3/4 partes inglesas,

b) Solamente súbditos ingleses podían ejercer el comercio en los territorios ingleses, y

c) El azúcar, tabaco, algodón, índigo y otros productos originarios de las colonias inglesas sólo podrían ser exportados a territorio inglés.

El régimen mercantilista se cerró aún más con las Leyes de Navegación de 1663 y 1673 que establecieron, respectivamente, que todas las importaciones de las colonias deberían provenir de la metrópoli y que los barcos que cargaran mercancías en las colonias deberían pagar impuestos.

Del contenido sintetizado de las mencionadas leyes de navegación, equivalentes a nuestras actuales leyes de comercio, se infiere la paulatina transformación de las relaciones económicas y jurídicas entre la metrópoli y las colonias americanas. Más aún, esta diferenciación de *status* legal entre ambas entidades de derecho se desarrollaría hasta convertirse en un problema

constitucional que devino en el punto de inflexión del proceso jurídico colonial para el salto cualitativo a la independencia y, así, a crear un original marco constitucional, como lo veremos en el capítulo siguiente.

Pero otros acontecimientos trascendentales habrían de completar este desarrollo del derecho mercantilista inglés.

En 1675, Charles II creó un órgano llamado "Los Lores del Comercio y las Colonias" (*Lords of Trade and Plantations*). Dentro de sus importantes facultades estaba la de nombrar los gobernadores de las colonias, girarles instrucciones, recibir reportes, vigilar la exacción de impuestos y, en general, resolver los asuntos coloniales. El fin último que perseguía esta medida era buscar más provecho de las colonias para la metrópoli.

El poder de esta agencia de gobierno llegó a tal grado que en 1684 ganó un juicio entablado en contra de la Colonia de Massachusetts Bay para anular su Carta Constitutiva por inobservancia de las leyes de navegación y de las disposiciones de dicho organismo.

Al año siguiente, Charles II murió y fue sucedido por James II quien avanzó más en la actitud mercantilista metropolitana. Este monarca creó la figura del Dominio para gobernar cada una de las colonias americanas a través de un gobernador y de un consejo, prescindiendo de asambleas y demás autoridades locales. Esta institución y la política a su cargo generó gravísima irritación en América cuyas consecuencias últimas no llegaron a concretarse debido a que las

causas junto con el rey mismo fueron removidos por la irrupción de la Revolución Gloriosa.

Concluamos este apartado diciendo que la importante secuencia Dominio - Revolución Gloriosa, construyó en las mentes de los más inteligentes colonos americanos un esquema cognoscitivo trascendental y que se podría expresar así: la arbitrariedad autoritaria puede conducir a una revolución justa y triunfante.

Esta misma idea iba a ser justificada, teórica y moralmente, un año después por Locke en sus "Dos Tratados sobre el Gobierno" en donde refutaba el derecho divino de los reyes y afirmaba el derecho del pueblo para remover al rey y cambiar de gobierno. Esta sugestiva concatenación de acciones muy probablemente incubó el mencionado esquema mental que fermentaría y se reproduciría en hechos históricos 70 años después en América.

2.2.- Constituciones coloniales

¿Cuál fue la causa jurídica eficiente de las colonias americanas? ¿Cómo se crearon jurídicamente? ¿Cuál fue la naturaleza jurídica que se les otorgó al nacer conforme a derecho? Estas son algunas de las preguntas que trataremos de resolver, en una primera aproximación, en este apartado.

Comencemos con algunas observaciones sobre quiénes llegaron y a dónde. La región en que se establecieron las primeras colonias inglesas tiene

condiciones geográficas extremosas y más específicamente en Nueva Inglaterra donde el invierno es largo y gélido, el suelo cultivable delgado y pedregoso; los bosques eran densos y contaban con una buena población de indios no siempre amistosos y menos ante acciones agresivas. Cada palmo de tierra tenía que ganarse a la naturaleza o arrebatarse a los indios con arduo esfuerzo y ser defendido a tiros mediante solidaridad entre los colonos.

El puritano inglés de aquel tiempo buscaba en su aventura colonial crear una comunidad donde los ideales protestantes radicalizados en su secta se pudieran implantar y desarrollar prácticamente *ad libitum*. No obstante estos ideales, fue sin duda la persecución religiosa en la isla la impulsora de la colonización. Cuando en 1640 amainó la persecución, lo propio aconteció con la emigración a América. De forma concomitante, el rey veía en esta emigración la eliminación de presiones desestabilizantes internas y el Parlamento, por su parte, se encuentra demasiado concentrado en su lucha contra el rey como para ocuparse de las colonias en formación. Al terminar su revolución ya veremos como toma su vista allende el Atlántico.

Por otro lado, la gran mayoría de los primeros colonos americanos procedía del sudeste de Inglaterra.¹⁰ Estaban acostumbrados, pues, no a las aldeas y granjas aisladas del oeste y el norte, sino a las grandes villas del sudeste y las *Midlands*; ello determinó la comunidad urbana que caracterizó Nueva Inglaterra y perfiló el destino burgués del Nuevo Mundo inglés.

¹⁰ TREVELYAN (POLITICA), 1984:306.

Pero detengámonos en el perfil de quienes tuvieron a su cargo troquelar los valores económicos, políticos y jurídicos de lo que serían los Estados Unidos de América. Los ministros protestantes de las colonias no podían alegar, como el clero anglicano, que su autoridad emanaba del rey, menos aún, como los sacerdotes católicos, que su autoridad se remontaba a la antigüedad y procedía de Roma. El único sostén real de su autoridad espiritual era la opinión pública de la congregación a la que servía, de ninguna manera una iglesia. Ello significó la participación democrática del poder espiritual y su compaginación con las preocupaciones económicas, políticas y sociales de los núcleos sociales.

Otro no desdeñable elemento para entender a quienes vinieron a América es la ausencia de una campaña de conquista estatal, al estilo de España, en la colonización inglesa. Fueron comerciantes e incipientes financieros privados, no el Estado, los que invirtieron entre 1630 y 1643 "200,000 libras esterlinas en enviar 20,000 mujeres y niños a la Nueva Inglaterra a bordo de 200 buques y durante el mismo período emigraron 40,000 persona más a Virginia y otras colonias."¹¹ Así ocurría también para el comercio inglés hacia la India para lo cual la Compañía de las Indias Orientales invirtió en tiempos de James I "300,000 libras de una vez en la construcción de buques, lo cual montaba más que todo lo aplicado por el rey entonces a la Armada."¹² Más aún, la colonización de América constituía una alternativa a capitales que no podían invertir en esta últimamente mencionada compañía por el esquema rigurosamente monopolístico y excluyente que tenía.

¹¹ TREVELYAN (SOCIAL), 1994:225.

¹² TREVELYAN (SOCIAL), 1984:225 y 233.

Desde el punto de vista de Inglaterra, sus posesiones de ultramar cumplían un propósito doble. En primer lugar, eran una salida adecuada para los hombres enérgicos, los disidentes, los oprimidos, los deudores, los criminales y los fracasados de la vieja Inglaterra, hombres que eran demasiado buenos o demasiado malos para no ser perturbadores en su país. En segundo lugar, las colonias eran estimadas como mercados donde podían comprarse las materias primas y venderse los artículos manufacturados.¹³

En conclusión, cuatro factores determinaron, en un comienzo, el perfil de las colonias americanas: a) los recursos naturales de los territorios coloniales fueron incomparablemente menores que los de la mayoría de las otras colonias del Nuevo Mundo incluyendo las inglesas del Caribe, b) existía disponibilidad de grandes extensiones de tierra barata para ingleses que históricamente habían visto la propiedad raíz como símbolo de riqueza y de nobleza, c) bastante autonomía y carácter cuasiprivado de la organización colonial derivada de la naturaleza preponderante mercantil o radical protestante, de su financiamiento particular y de una relativa despreocupación del gobierno metropolitano, al menos inicialmente, y d) un núcleo axiológico firmemente arraigado en la libertad y en la democracia, naturalmente de los "hombres propietarios".

La consecuencia fue que la organización social y política, conformada por las instituciones formales e informales del naciente sistema jurídico, fuera la clave de una sociedad protestante comprometida con la ética, el trabajo y el ahorro.

¹³ TREVELYAN (POLITICA), 1984:313.

A mediados del siglo XVIII las colonias americanas habían logrado un nivel de vida igual al de los más avanzados países de Europa. Como ejemplo de esto podemos mencionar que Philadelphia era la segunda ciudad más grande de todo el imperio inglés.¹⁴

A pesar de algunas incursiones inglesas en América durante el siglo XVI (la de Sir Walter Raleigh en 1584, por ejemplo), ningún asentamiento humano permanente existió sino hasta 1607, en que arribó a Chesapeake Bay el primer contingente de colonizadores de lo que posteriormente sería la Colonia de Virginia.

Estas colonias inglesas difieren radicalmente de las establecidas por España y Portugal en el Nuevo Mundo. Dos fueron las figuras jurídicas que se emplearon para su creación: a) una fue la expedición por parte del rey, generalmente, de una Carta Constitutiva (*Royal Charter*), que hoy equivaldría al acta constitutiva de una sociedad mercantil, y b) una donación territorial de tipo feudal (*Letters Patent or Land Patents*).¹⁵

El punto de derecho clave para comprender la esencia del constitucionalismo colonial, como lo veremos en los documentos fundatorios que

¹⁴ PORTER, 1980:34.

¹⁵ "Letter. One who allows another the use of (apartments, horse, house, etc.) for hire." THE COMPACT EDITION OF THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY, 1985. *Letters Patent*. Instrumento emitido por el gobierno otorgando la exclusiva posesión y gozo de un predio o de una invención o descubrimiento". BLACK'S LAW DICTIONARY, 1983.

enseguida examinaremos y en las controversias jurídicas que estudiaremos en el capítulo siguiente, fue la autonomía de las colonias en cuanto a su gobierno interno. A reserva de regresar por varias vías a este tema por así requerirlo su complejidad, ahora vamos a citar al historiador George Macaulay Trevelyan que nos proporciona valiosos antecedentes para comenzar a comprender este fenómeno. Dice así: "Durante el siglo XVII conservaban aún el condado y la aldea de Inglaterra elementos de autonomía municipal, bajo el superior control de los *esquires*¹⁶ y de los jueces de paz. Los pequeños propietarios participaban en la actuación del tribunal del condado. Los campesinos concurrían al tribunal del señorío, en donde eran los jueces nominales y, hasta cierto punto, efectivos de las causas que ante él se ventilaban. Y en todos y cada una de las aldeas inglesas existían ciertos cargos inferiores, tales como los de *constable*, inspectores de pobres, alcalde de barrio, inspector de cervezas ... que desempeñaban los vecinos en general designados bien por elección, bien por rotación. Todas esas costumbres de autonomía local existentes en la metrópoli contribuyeron a la creación de los consejos de los tribunales de la Nueva Inglaterra."¹⁷

Procedamos a examinar algunos de los documentos constitucionales básicos de las colonias de Virginia, Plymouth, Massachusetts, Maryland, Rhode Island, Connecticut, Carolina, Pennsylvania, New York y Georgia, que consideramos ilustrativos tanto de los elementos esenciales en común evidentes

¹⁶ *Esquire*: En Derecho inglés, un título de dignidad inmediato superior a gentilhombre (*gentleman*) y por abajo de caballero (*knight*). También, un título oficial dado a *sheriffs*, abogados, jueces de paz y otros. BLACK'S LAW DICTIONARY, 1983:283.

¹⁷ TREVELYAN (SOCIAL), 1984:230.

al contemplar la evolución constitucional de las colonias americanas, como de las disimilitudes que igualmente encontramos en dicha evolución. La finalidad es triple:

- a) Confeccionar el marco conceptual constitucional formado en el transcurso de creación, crecimiento y consolidación de las colonias,
- b) Señalar los principios comunes a todas las constituciones coloniales, y
- c) Anotar en los casos que estudiemos las sustanciales diferencias institucionales apreciables en dichas constituciones.

Este examen nos llevará, a su vez y entre otros objetivos, a comprender el entonces naciente fenómeno del federalismo cuyas repercusiones aún se sienten y observan en la creación de bloques y uniones comerciales, económicas y políticas en el mundo.

2.2.1.- La Colonia de Virginia

Desde Elizabeth I se comenzaron a formar en la *City* de Londres compañías para sufragar los gastos y los riesgos de las hostilidades necesarias, y la reina les otorgó privilegios dándoles autoridad diplomática y militar sobre el otro lado del mundo, adonde nunca llegaban jamás ni los navíos ni los embajadores reales. Mercaderes ingleses particulares fueron los primeros que, con motivo de

sus actividades profesionales, representaron a su país en la corte del zar en Moscú y la del mogol en Agra.¹⁸

Sobre esta tradición y para no aventurarse por el Cabo de Buena Esperanza sino por el Atlántico, el 10 de abril de 1606, el rey James I otorgó una Carta (*Charter*) a la Compañía Virginia conteniendo 6 partes fundamentales:¹⁹

a) Autorización a específicos nobles (*lords*), caballeros, gentil-hombres, mercaderes "y otros aventureros" para la constitución (*incorporation*) de dos sociedades mercantiles: la Compañía de Londres y la Compañía de Plymouth,

b) Otorgamiento de un territorio "comúnmente llamado Virginia" y otros de América para el establecimiento de 2 colonias, siempre que no estuvieran en posesión de otro Pueblo o Príncipe Cristianos y que se encontraran dentro de ciertas coordenadas indicadas en la propia Carta,

c) Establecimiento en cada una de las colonias de un Consejo competente para desahogar todas las materias y causas de acuerdo a las leyes, ordenanzas e instrucciones de Inglaterra,

d) Establecimiento de un Consejo de Virginia con sede en Londres con facultades de supervisión,

¹⁸ TREVELYAN (POLITICA), 1984:238.

¹⁹ COMMAGER, 1958:8.

e) Fijación de impuestos aduanales al comercio, y

f) Otorgamiento de todas las libertades, franquicias e inmunidades correspondientes a los súbditos ingleses a todos éstos que habiten las colonias y a los niños nacidos en ellas.

Posteriormente, el 23 de mayo de 1609, el propio rey emitió una segunda Carta de Virginia²⁰ mediante la cual tomaba medidas correctivas del supuesto manejo deficiente de las colonias en cuestión y separaba las dos compañías, la de Londres y la de Plymouth. Los puntos esenciales de esta Carta son los siguientes.

a) Confirmó que podían ser miembros de las Compañías no solamente los súbditos que se establecieran en cualquiera de las colonias, sino aquellos que aportaran capital o bienes a dichas sociedades mercantiles,

b) Preciso, con mayor conocimiento, los límites territoriales,

c) Eliminó la asamblea de todos los colonos como órgano de deliberación y gobierno estableciendo en su lugar que un Consejo de Administración de la Compañía con sede en Londres nombrara y removiera a los gobernadores, oficiales y ministros competentes para gobernar las colonias, así como para legislar para las mismas,

²⁰ COMMAGER, 1958:10.

d) Autorizó al referido Consejo de Administración de la Compañía y a un Tesorero con la misma residencia para admitir nuevo miembros o para expulsar con causa, cuando la mayoría de los socios así lo determinase, y

e) Estableció reglas de migración para prohibir la entrada a quien no hiciere juramento de supremacía, para impedir el paso a las colonias a aquellos comprometidos con las "supersticiones" de Roma.

Nuevamente, el 12 de marzo de 1612, el rey modificó la Carta de Virginia²¹ para agregar al territorio de Virginia la isla de Bermuda y para democratizar²² y descentralizar más el gobierno de la colonia correspondiente a la Compañía de Londres estableciendo que al menos una vez por semana se reunieran en asamblea un representante del mencionado Tesorero y un grupo de por lo menos quince de los colonos para resolver los ordinarios asuntos de la colonia,

²¹ COMMAGER, 1958:12.

²² La noción inglesa de democracia en ese tiempo estaba relacionada directamente con la libertad y el orden, más que con el gobierno de la mayoría, como se infiere del siguiente texto de la época: "Los atenienses y los romanos eran libres, o sea, que constituían repúblicas libres en las que, sin embargo, ningún hombre en particular tenía la libertad para resistir a sus propios representantes." HOBBS, 1984:114. Como veremos adelante, cualquier convencionalista de Philadelphia gustoso suscribiría este texto.

Como última referencia a la evolución constitucional de Virginia mencionaremos la Ordenanza Real de julio 24 de 1621²³ cuyos puntos primordiales son los siguientes.

a) Se establecen dos Consejos Supremos para apoyar al gobernador en la administración de justicia y en otros actos de ejecución, así como para oír recursos contra agravios sufridos,

b) Uno de los consejos es el Consejo de Estado cuyos miembros serían nombrados por el rey, el Consejo de Administración con sede en Inglaterra y el Tesorero,

c) Al segundo consejo lo denomina Asamblea General y quedaría integrada por el Consejo de Estado y por 2 representantes de cada población elegidos por los colonos.

d) La competencia de la Asamblea General sería sobre todos los asuntos de la colonia y sus resoluciones se tomarían por mayoría de los votos presentes, reservándose el derecho de veto al gobernador,

²³ En realidad la primera Asamblea de Virginia se reunió el 30 de julio de 1619, sin embargo la Ordenanza respectiva se perdió. Se asume que de la que se toman los datos fue prácticamente idéntica a la de 1621. COMMAGER, 1958: 13. Por otro concepto, 1619 es tristemente memorable por entonces haber arribado a esa colonia los primeros 20 negros esclavos de América, siendo el caso que el pirata inglés Hawkins era quien los comerciaba capturándolos en Africa. TINDALL, 1989:19.

e) Igualmente la Asamblea General era competente para elaborar las leyes de la colonia, recomendando al rey que se imitase y siguieran las políticas, formas de gobernar, leyes, costumbres y formas procedimentales vigentes en Inglaterra,

f) Para entrar en vigor las leyes de la aludida Asamblea era menester que previamente fueran ratificadas por el Consejo de Administración de la Compañía residente en Londres y por el propio rey.

2.2.2.- La Colonia de Plymouth

En 1619, los *Pilgrims* (Peregrinos), un grupo de religiosos ingleses refugiados en Holanda pertenecientes a la más radical secta de los Puritanos, los Separatistas, obtuvo de la Compañía de Virginia una cesión de tierras (*Letters Patent o Patent of Land*) en sus territorios de América.²⁴

Al año siguiente una centena de personas (la mitad Peregrinos) se embarcaron en el conocido *Mayflower* rumbo a Virginia; sin embargo, el mal tiempo los hizo arribar bastante más al norte donde, después de explorar, se instalaron en un lugar que llamarían Plymouth. La circunstancia de encontrarse fuera de la jurisdicción territorial y, por ende, legal de la Compañía de Virginia los

²⁴ Para delinear su perfil ideológico que se reflejaría en su sistema jurídico, es importante conocer que deseaban abandonar el asilo que la calvinista Holanda les había brindado en virtud de la restricción que se les había impuesto para acceder a trabajos calificados que significaran altos salarios.

orilló a crear su propia organización civil. A este efecto y en torno a su líder William Bradford, los 41 Peregrinos, no así el resto del contingente, acordaron y firmaron el 11 de noviembre de 1620 un pacto que llamaron *Mayflower Compact*²⁵, cuyos dos puntos esenciales son:

a) El preámbulo indica que el pacto se firma "En el nombre de Dios", como leales súbditos del Rey James I y para establecer la primera colonia al norte de Virginia, y

b) Mediante el pacto los "presentes, solemne y mutuamente en la presencia de Dios y de ellos mismos, convienen en combinarse entre ellos para constituir un Cuerpo Político Civil" y para elaborar "las leyes justas e iguales" que se juzguen convenientes para el "Bien de la Colonia".

La legal tenencia del territorio en que se encontraba su asentamiento la obtuvieron los Peregrinos en 1621, mediante una Patente otorgada por el Consejo de Nueva Inglaterra. Este Consejo se había constituido mediante Carta que el rey le había otorgado para ocupar estos territorios al norte de Virginia a la antigua Compañía de Plymouth.

²⁵ COMMAGER, 1958:15-16.

2.2.3.- La Colonia de Massachusetts

El 4 de marzo de 1629, el Rey Carlos I le otorgó su Carta Constitutiva a la Compañía Massachusetts Bay²⁶ integrada por más de veinticinco súbditos entre los que se encontraban varios nobles cuyos propósitos eran, por una parte, de naturaleza religiosa para apoyar la creación de una comunidad modelo cristiana y, por otra, quizá más preponderante, de índole mercantil.

Aparte de precisar los límites territoriales concedidos a dicha compañía, dicha carta contiene los siguientes puntos sustantivos.

- a) Le otorgó a la compañía expresa personalidad jurídica para actuar en cualquier litigio,
- b) Estableció los cargos de gobernador de la compañía, de sub-gobernador (*deputy governor*) y de dieciocho asistentes elegidos todos ellos de entre los miembros de la propia compañía,
- c) El gobernador debería convocar, al menos una vez al mes, a una asamblea o corte, cuyo *quorum* estaba integrado por el gobernador o sub-gobernador y seis asistentes,

²⁶ HALL, 1991:12.

d) La asamblea era competente para nombrar a los funcionarios que juzgara necesarios, así como para elaborar las leyes requeridas para el bienestar de la compañía y no contrarias a las leyes del Reino de Inglaterra, y

e) Los súbditos ingleses habitantes de la colonia gozarían de todas las libertades e inmunidades inglesas.

En este caso, uno de los puntos esenciales es, precisamente, la omisión del señalamiento expreso de la sede de los órganos de gobierno de la compañía. Un distinguido abogado miembro de la compañía, John Winthrop, aprovechó dicha laguna para convencer a un grupo de socios de tomar la Carta y trasladarse con ella al territorio asignado de América para establecer ahí, sin la interferencia del gobierno inglés, un sistema jurídico de naturaleza puritana que fuera un modelo a seguir, "una ciudad sobre la colina". Y así lo hicieron, para lo cual firmaron el llamado "Acuerdo de Cambridge" el 26 de agosto de 1629.²⁷

Diez y nueve años después de la fundación de la colonia, en 1648, el gobernador y los asistentes se reunieron en Asamblea General y emitieron un documento²⁸ que expresa las normas constitucionales que la colonia consideraba enmarcaban su sistema jurídico. Debe recordarse cuando se estudian sus puntos destacados, que enseguida sintetizamos, que la guerra civil Cromweliana duró de 1648 a 1649.

²⁷ COMMAGER, 1958:18.

²⁸ COMMAGER, 1958:29.

a) Las personas por el solo hecho de poner sus bienes y ellas mismas bajo la protección de las leyes de esa colonia se encontraban tácitamente sometidas a ellas, aún en el caso en que no hubieran participado en su elaboración (*imputed consent*),

b) Las leyes por ser elaboradas en función del pueblo en general, no siempre beneficiaban a todos los individuos en particular. Sin embargo, debían obedecerse aún por los perjudicados, ya que en otras ocasiones ellos serían los beneficiados por la obediencia de otros que resultarían perjudicados,

c) Nadie podía ser privado de la vida, honor, buen nombre, libertad, ni castigado en forma alguna, sino por la aplicación expresa de una ley del país suficientemente publicada o, en su defecto, por la palabra de Dios.

2.2.4.- La Colonia de Maryland

El territorio para establecer esta colonia no fue otorgado a una sociedad mercantil como los demás casos que hemos visto, sino que Charles I se lo concedió en propiedad al barón irlandés de Baltimore, Cecil Calvert mediante Carta Real del 20 de junio de 1632²⁹, que contiene, básicamente, las siguientes previsiones.

²⁹ COMMAGER, 1958:21.

a) Otorgamiento a dicho barón de la absoluta propiedad y señorío sobre el territorio comprendido dentro de los límites indicados en la propia Carta, con excepción de los predios donde se construyan iglesias,

b) Obligación del barón de entregar a la Corona una quinta parte del oro o plata que se encontrara en el territorio,

c) Facultad del barón para elaborar las leyes necesarias, a su sensata discreción y con el consejo y aprobación de la mayoría de los hombres libres habitantes de dicha provincia, expresada directamente o por sus representantes, siempre y cuando las leyes en cuestión fueren consonantes a la razón y a las leyes del Reino de Inglaterra,

d) Facultad del barón para ejecutar y hacer cumplir dichas leyes,

e) Autorización al barón para cobrar impuestos y otorgar subsidios,

La primera Asamblea se reunió en 1635 y, posteriormente, se dividió en dos cámaras.

2.2.5.- La Colonia de Rhode Island

Tampoco esta colonia se constituyó como sociedad mercantil. Su origen y naturaleza inicial fue de carácter eminentemente particular y religioso.

En 1636, Young Roger Williams, colono expulsado de la colonia de Massachusetts por sus ideas religiosas radicalmente puritanas, compró tierras de los indios en las que fundó el pueblo Providencia en la Bahía de Narragansett que sería el primer asentamiento de esta colonia. Ulteriormente, en 1638, llegó a este pueblo Anne Hutchinson quien había sido igualmente expulsada de Massachusetts por sus ideas religiosas extremadamente individualistas, por partir de una directa y autónoma relación entre el individuo y Dios, esto es, desafiantes de la autoridad.

Esta colonia, la más pequeña de las trece, creció como refugio de inconformes religiosos radicales, gracias a que, desde su inicio, estableció la libertad religiosa más absoluta y un gobierno basado en el consentimiento del pueblo.

El momento y la forma en que Rhode Island obtuvo su Carta Constitutiva imprimieron particularidades únicas a esta colonia. La guerra civil estalló en 1642 y duró hasta 1649 lo que generó en este lapso la ausencia del rey y el predominio del Parlamento. Por ello, cuando en 1643 el Parlamento, no el rey, otorgó la "libre y absoluta" Carta Constitutiva y de Gobierno de Rhode Island³⁰ dispuso un diseño

³⁰ HALL, 1991:17.

constitucional tan libertario que las colonias vecinas llamaron a aquélla "la república licenciosa". Los más destacados puntos de dicha Carta son los siguientes.

a) Otorgamiento de "poder y autoridad completas para gobernarse los colonos por sí mismos", mediante la forma de gobierno civil consentida por la mayoría,

b) Autorización para elaborar "constituciones y leyes civiles" que se adecúen a las leyes inglesas "en la medida en que la naturaleza y constitución del lugar lo admita", y

c) Nombrar y remover por mayoría de votos a los oficiales judiciales encargados de la aplicación de las leyes.

2.2.6.- Colonia de Connecticut

Varias congregaciones de puritanos provenientes de Massachusetts llegaron al valle de Connecticut en 1636. Una de ellas, dirigida por el reverendo Thomas Hooker fundó con su congregación el pueblo de Hartford y otras congregaciones hicieron lo propio fundando los pueblos de Windsor y Wethersfield.

Al siguiente año, en 1637, con ayuda de gente de Massachusetts estas congregaciones respondieron un ataque que habían sufrido de los indios Pequot realizando una masacre en la que perdieron la vida cuatrocientas indígenas entre hombres mujeres y niños, siendo vendidos como esclavos los supervivientes.

En enero de 1639, los hombres libres de las mencionadas poblaciones se reunieron en Hartford y redactaron un documento constituyente que llamaron Las Ordenes Fundamentales de Connecticut.³¹ Para diversos juristas, esta sería la primera constitución escrita propiamente dicha.

He aquí los puntos sobresalientes de dicha constitución.

a) La paz y la unión de los indicados pueblos han menester de un ordenado y decente gobierno establecido de acuerdo a dios. Para lo cual deciden constituir un Estado Público o República (*Commonwealth*),

b) Se establece que dos veces al año, en abril y en septiembre, se reúna una Asamblea o Corte General. La primera fue denominada Corte de Elección y a la segunda Corte se le atribuyó la facultad de hacer las leyes,

c) La Corte de Elección escogería anualmente a las personas que habrían de fungir como funcionarios del gobierno en el número que las necesidades demandaran pero no menos de siete,

³¹ MOYANO (POLITICA), 1988:61.

d) El funcionario de mayor rango sería un gobernador que duraría en su encargo no más de un año y no podría ser reelecto para el período inmediato,

e) Los funcionarios de mérito tendrían la función de administrar justicia de acuerdo con las leyes emitidas por la Asamblea General cuya fecha de reunión era septiembre,

f) Las instituidas Asambleas Generales estarían compuestas por diputados elegidos por los hombres libres de cada uno de dichos pueblos y de los demás que posteriormente se unieran o fundaran, en "razonable proporción". Los diputados contarían con el poder del pueblo que los eligió para votar leyes para el bien común y a las cuales los pueblos estarían obligados.

2.2.7.- Colonia de Carolina

El territorio original de esta colonia fue concedido por el rey Charles II a ocho lores que habían permanecido leales a la Corona durante la guerra civil cromwelliana.

El documento constitucional de esta colonia fue elaborado en 1669 por John Locke por encargo de uno de los propietarios, Lord Ashley, de quien a la sazón fungía como secretario.³²

³² HALL, 1991:18.

Paradójicamente, este documento no es la expresión más adelantada del liberalismo y de la democracia, como podría esperarse de su autor directo. Por el contrario, es una extraña mezcla de obsoletas instituciones feudales, seguridades a la esclavitud y, por cierto, prohibiciones para el ejercicio de la abogacía. He aquí algunos de sus más destacados puntos.

a) En el proemio se afirma como uno de los objetivos el de "evitar erigir una numerosa democracia",

b) El lor propietario de mayor edad sería el *Palatine* (señor feudal que ejercía soberanía sobre la tierra), cuya sucesión sería igualmente determinada por la edad,

c) La provincia estaría dividida en condados, cada condado en ocho señoríos, ocho baronías y cuatro "precintos", y cada uno de éstos en seis colonias. Estas circunscripciones estarían bajo la autoridad de *landgraves*³³ y caciques,

d) Existiría un Parlamento integrado por los propietarios, los *landgraves*, los caciques y un representante de cada "precinto",

³³ *Landgrave*: Un conde que tiene jurisdicción sobre un territorio y que tiene bajo él a diferentes condes inferiores. THE COMPACT EDITION OF THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY. USA, 1985.

e) Los hombre libres de la colonia tendrían "poder absoluto" sobre sus esclavos negros, y

f) Cada siete o más personas que profesasen una religión constituirían una iglesia.

2.2.8.- La Colonia de Pennsylvania

El rico gentilhombre William Penn, convertido al Cuaquerismo, obtuvo del Rey Charles II, en 1681,³⁴ la concesión de un territorio en el cual Penn pretendía establecer un gobierno basado en los principios cuáqueros de paz y orden sin juramentos ni guerras, con tolerancia de religiones y, por ende, con libertad de conciencia.

Como propietario de tal territorio, William Penn redactó el Primer Marco de Gobierno de Pennsylvania en 1682,³⁵ cuyos puntos relevantes pueden resumirse así:

a) Establece que "Un gobierno es libre, cualquier que sea su marco constitucional, si es el derecho el que rige, y si es el pueblo el que participa en la elaboración del derecho..."; asimismo, que como los gobiernos son hechos y

³⁴ COMMAGER, 1958:35.

³⁵ HALL, 1991: 20.

operados por los hombres, aquél depende más de los hombres que éstos de aquél,

b) Igualmente, afirma que el marco constitucional y legal debe mantener al poder en reverencia hacia el pueblo y asegurar el no abuso del poder mientras exista obediencia del pueblo, y

c) Afirma que el llevar a efecto la justicia parte se debe la constitución y parte a los magistrados. Cuando fallan hay convulsión, cuando no permanencia.

En 1682, el Duque de York concedió a Penn el territorio de Delaware que se constituyó en parte de Pennsylvania. A partir de 1701 y hasta la independencia de las colonias Delaware tuvo una Asamblea propia compartiendo el mismo gobierno con Pennsylvania.

2.2.9.- La Colonia de New York

Como paso táctico para despojar a los holandeses de la región de New York, Charles II otorgó dicha región a su hermano James, Duque de York, quien posteriormente sería James II. El duque logró su objetivo.

En 1683, los representantes de los hombres libres de New York se reunieron con el gobernador en Asamblea y elaboraron la llamada "Carta de

Libertades de New York".³⁶ El examen de este documento y el hecho de no haber llegado a entrar en vigor debido al veto del Rey Charles II explican dos cosas: los fermentos ideológicos que campeaban antes de estallar la Revolución Gloriosa de 1688 y que esta ideología no solamente cundía en la metrópoli sino también en las colonias. Los puntos más relevantes de dicha carta son los siguientes.

a) "La Suprema Autoridad Legislativa reside en un gobernador, en el Consejo y en el pueblo reunido en Asamblea General", afirmaba,

b) "Ningún hombre libre será detenido, ni puesto en prisión, ni privado de su patrimonio o libertad, o condenado o exiliado o destruido en ningún otro sentido" sino "mediante juicio legal de sus pares y por la ley de la provincia.", en el que se siga el debido procedimiento legal,

c) Ningún tipo de impuesto será cobrado a ningún súbdito inglés, sino mediante ley consentida por el gobernador, el consejo y los representantes del pueblo reunidos en Asamblea,

d) Nadie podrá ser incriminado sino por el juramento de doce honestos y reputados hombres vecinos del lugar, y por el veredicto de doce hombres de la misma condición y vecindad, y

e) Ningún hombre libre estará obligado a albergar soldados o marinos en su casa.

³⁶ HALL, 1991:21.

2.2.10.- La Colonia de Georgia

El Rey George II expidió una Carta³⁷ mediante la cual afectaba un territorio a favor de veintiún fiduciarios, con dos peculiares propósitos: uno filantrópico-experimental y otro militar-estratégico. El primero consistía en formar una colonia que sirviera de refugio a inmigrantes pobres y perseguidos por sus ideas; el segundo se dirigía a crear una zona de contención fronteriza frente a la Florida española.

Pronto llegaron colonos de Alemania, Portugal, Escocia y algunos judíos que le dieron un perfil multinacional y muy diverso a la colonia. En 1753, el fideicomiso expiró y Georgia pasó a ser una colonia real.

2.3.- Marco teórico del constitucionalismo colonial

Hemos expuesto las instituciones jurídicas más notables que encontramos en los más sobresalientes documentos constitucionales de las colonias americanas. Ahora, vamos a espigar de ellas las categorías jurídicas fundamentales que construyeron los pilares del sistema jurídico colonial y, por ende, uno de los del sistema jurídico independiente de los Estados Unidos de América.

³⁷ TINDALL, 1989:35.

i.- Quienes fundaron las colonias eran súbditos ingleses que, en nuestro lenguaje significa ciudadanos ingleses. Esto es, hombres que gozaban de derechos acuñados y forjados a lo largo de siglos de lucha, principalmente contra la arbitrariedad de la autoridad. Estos derechos esencialmente consistían en:

a) Estado de derecho, de inspiración divina, como enunciación y límite de los derechos y libertades de los individuos y de los individuos que tenían derechos y libertades. Así también, fijación taxativa del poder de la autoridad y de las hipótesis en las cuales los hombres libres podían ser privados de sus derechos y libertades. En otras palabras, definición de derechos del hombre,

b) Derecho de los hombres libres para adquirir propiedades, conservarlas y acumularlas, y no ser privados de ellas por la vía de impuestos u otras cargas no acordadas con su consentimiento directo o indirecto,

c) Derecho de negociar y realizar transacciones, esto es, de contratar, adquirir compromisos y obligación de cumplirlos, incluyendo contratar el trabajo asalariado y comprar esclavos,

d) Derecho de los hombres libres para reunirse, constituir un Estado, participar en el gobierno y en la elaboración de las leyes integrantes del Estado de derecho, ya fuere por sí o por representantes proporcionales elegidos libremente,
y

e) Derecho de los hombres libres para ser juzgados por jurados y jueces independientes, y así preservar la paz, la unión y la justicia.

ii.- Los gérmenes institucionales del sistema jurídico tutelaban, primordialmente, los siguientes valores:

a) Religión protestante,

b) Responsabilidad ética individual,

c) Sentido de la vida orientado hacia la acumulación de la propiedad,

d) Estado de derecho como marco institucional básico para la interacción económica, política y social, y

e) Clasificación de los hombres entre libres y no libres.

iii.- La formación colonial de los Estados Unidos de América sin duda se vertebró por medio del desarrollo de su sistema jurídico. He aquí algunas referencias históricas que fundamentan esta apreciación.³⁸

Tocqueville afirmaba: "Raro es el asunto político que surge en los Estados Unidos de América que no se ha convertido tarde o temprano en una cuestión judicial".

³⁸ SCHWARTZ 1974:2, 6,7 y 8.

En 1776, había una Barra de Abogados bien entrenada en todas las colonias y ya en la primera parte del siglo XVIII las colonias más grandes habían instalado un sistema de judicial: New York, 1691; Maryland y Massachusetts, 1692; Pennsylvania, 1701; New Jersey, 1704; Virginia, 1705; South Carolina, 1721. Típico fue el sistema que se instaló en New York: Corte de Sesiones para cada condado, una Corte de última instancia (*oyer and terminer*) junto con otras cortes menores, y una Suprema Corte de Justicia (esta consistía en un jefe de justicia y 4 jueces asistentes). El sistema de New Jersey era similar: Jueces de Paz, una Corte del Fuero Común, una Corte de Sesiones Generales de Paz y una Suprema Corte de Justicia.

Las materias estudiadas en la primera escuela de derecho del país, establecida en 1784 en Litchfield, Connecticut, por el juez Tapping Reeve, ilustraba el entonces estrecho alcance del Derecho Sustantivo. Casi la mitad del tiempo de los estudiantes era dedicado a las materias de propiedad real y formas de acción y excepciones.

Al tiempo de la independencia, existía un cuerpo de Derecho americano distinto del Derecho inglés, del cual derivó, en 1704, una Edición Abreviada "De Las Leyes En Vigor En Las Plantaciones De Su Majestad" impresa en Londres, dedicada a las leyes de Virginia, Maryland y Massachusetts, junto con algunos tópicos de New York, North y South Carolina.

En el capítulo siguiente observaremos cómo se fueron consolidando los gérmenes aquí señalados del sistema jurídico, hasta llegar al umbral de la independencia.

CAPITULO 3. LA GESTACION DE UN SISTEMA JURIDICO INDEPENDIENTE

En el capítulo anterior expusimos cómo las luchas revolucionarias inglesas del siglo XVII, la construcción del imperio mercantilista inglés y los procesos constitucionales acontecidos en las colonias, fueron los tres principales agentes conformadores del sistema jurídico de las colonias americanas.

En el presente capítulo revisamos, en dos apartados, cómo el nacimiento de una nueva Constitución inglesa, su pretendida aplicación en las colonias y las controversias jurídicas generadas por esta aplicación, fueron la fragua donde los procesos jurídicos decantados durante la colonia gestaron el sistema jurídico americano independiente.

3.1.- La nueva Constitución inglesa

Toda revolución, en la medida en que triunfa, reestructura formal y materialmente el esquema de fuerzas políticas y, en consecuencia, las instituciones constitucionales conforme a las cuales se deben entender, procesar y resolver los problemas sociales. La revolución inglesa que tuvo lugar a lo largo del siglo XVII y cuyas expresiones violentas y más visibles fueron la Guerra Civil y la Revolución Gloriosa, necesariamente tenía que cambiar la Constitución de Inglaterra.

Como explicamos con amplitud en la introducción, el sistema jurídico es el conjunto de instituciones coercitivas formales e informales que procesan los conflictos interpersonales e intergrupales surgidos en una sociedad determinada. El sistema jurídico es funcional a una cierta sociedad en la medida en que su manera de procesar conflictos corresponda a la correlación de fuerzas políticas prevalecientes en dicha sociedad.

Pongamos ejemplos. El sistema jurídico en Inglaterra en tiempos del poderoso monarca Henry VIII (primera mitad del siglo XVI) procesaba y resolvía los conflictos de una manera cualitativamente diferente a la empleada por el sistema jurídico de la inteligente Elizabeth I (finales de ese siglo). Pero ambos sistemas eran, en verdad, inadmisibles para la sociedad emergente de la Guerra Civil y de la Revolución Gloriosa, dominada por los burgueses (finales del siglo XVII). Como la disfuncionalidad no era leve sino radical se requería una transformación en las normas fundamentales del sistema jurídico inglés, esto es, en su Constitución.

En este apartado vamos a analizar los cambios esenciales de la Constitución inglesa y sus principales efectos en las instituciones que regulaban las relaciones entre la metrópoli y las colonias. Para este análisis seguiremos, en su orden, los siguientes puntos:

a) El balance constitucional basado en un nuevo equilibrio entre el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes,

- b) El cambio de la tradicional Constitución prescriptiva por una moderna semiflexible,
- c) La supremacía del Parlamento sobre el rey, el derecho y las legislaturas coloniales en todos los ámbitos,
- d) Restricciones opuestas a la supremacía parlamentaria,
- e) Cambio de *status* jurídico de las colonias y de los colonos, y
- f) Implantación de un sistema jurídico imperial mercantilista.

**3.1.1.- El balance constitucional basado en un nuevo equilibrio
entre el rey, la Cámara de los Lores
y la Cámara de los Comunes**

Las instituciones jurídico-políticas relativas al balance entre las diversas fuerzas sociopolíticas propias del capitalismo han cursado, en términos generales, por dos etapas. En la primera, el problema primordial ha sido el balance entre gobernados y gobernantes. En la segunda, lo ha sido el balance entre los diversos intereses de los grupos de la sociedad.

En la mencionada primera etapa el estado de derecho (*rule of law*) significaba, según Thompson, "la imposición de efectivas inhibiciones sobre el poder y la defensa de los ciudadanos de las pretensiones intrusivas del poder".¹ En la segunda etapa, ha significado el establecimiento de las reglas del juego para balancear las fuerzas correlativas representantes de los diversos grupos sociales de interés y de poder.²

En Inglaterra la primera etapa tocó a su fin cuando el balance jurídico-político rey-burguesía se inclinó definitivamente en favor de ésta. El momento, si se pudiera fijar, fue doble: a) cuando el rey Charles I pudo ser incriminado y luego ejecutado, aún siendo rey, porque al desobedecer la ley del Parlamento dominado por la burguesía se colocó en el plano de un rebelde, y b) cuando el Parlamento reafirmó su supremacía sobre el rey James II quien intentaba reivindicar la hegemonía real. De esta suerte, llegaba a su primer término una lucha iniciada entre el rey y un incipiente Parlamento en 1214.

La transición entre una y otra de las etapas apuntadas generó fenómenos de equilibrio jurídico-político cuyo examen es necesario para nuestros propósitos,

¹ REID, 1991:17-18.

² Esta relación conceptual entre el balance del poder y el de los intereses de los grupos era bien comprendida desde cuando nacieron los Estados Unidos de América. En 1800 Paley escribió en su libro *Principles of Philosophy*: "Por 'balance de intereses', el cual debe acompañar y dar eficacia al balance del poder, se quiere expresar que los respectivos intereses de cada uno de los tres 'estados' del imperio están de tal manera dispuestos y ajustados que si cualquiera de ellos intentara una interferencia, los otros dos se unirían para resistirlo." REID, 1991:430.

toda vez que muestran un proceso de ajuste entre la democracia y la fuerza del gobierno. En esta dialéctica relación pensamos que se halla la clave del desarrollo exitoso de los sistemas jurídicos, al menos en la forma experimentada por Inglaterra y, posteriormente, por los Estados Unidos de América.

Durante los reinados de James I y Charles I, y luego bajo los de Charles II y James II, la relación de fuerzas entre el rey y el Parlamento fue de relativo equilibrio. Esto tuvo para el desarrollo de la democracia efectos favorables, sin embargo, para la burguesía los efectos fueron disímiles; por un lado, ésta mantuvo a raya las pretensiones tributarias del rey y, por el otro, dicho equilibrio debilitó la capacidad económica del monarca y, en consecuencia, de la armada, con lo cual la burguesía exportadora contó con relativamente poco apoyo.

Naturalmente, el fenómeno inverso aconteció durante la República (*Commonwealth*) puritana en la cual legislatura y ejecutivo marcharon de consuno, por la fuerza del grupo cromwelliano, dando al ejecutivo la fuerza económica y, por ende naval, necesaria para promover las exportaciones inglesas. Un síntoma de esta armonía entre los dos poderes con efectos mercantiles fue la Ley de Navegación a la que nos referiremos más adelante. Sin embargo, el régimen de fuerza acabó por desencantar aún a la clase beneficiada de la burguesía.

Este círculo vicioso entre democracia e ineficiencia exportadora fue quebrado por la revolución de 1688 que "inclinó de un modo permanente la balanza del poder del lado del Parlamento, no como cuarenta años antes por la

victoria en armas de un partido sobre otro, sino por un acuerdo de *whigs* y *tories*, echados unos en brazos de otros por la afortunada insensatez de James II.³ De nuevo la flor de la burguesía prosperó, como en tiempos de los Tudor, por la unidad de propósitos del rey y del Parlamento, sólo que esta vez la iniciativa y el liderazgo estaban a cargo de este último. En estas condiciones la reestructuración del sistema jurídico fue tan rápida y coherente como el ingenio de la propia burguesía, a través de sus representantes, lo permitió. Entonces, se consiguió la racional sistematización impositiva, bancaria y crediticia, el mantenimiento de un ejército no mercenario para apoyar al rey o al Parlamento y de una flota de doble propósito: mercantil y de defensa de los intereses nacionales, léase mercantiles.

En adelante hubo acuerdo en la política general entre el rey y el Parlamento, como antes bajo los Tudor; pero esta vez era el Parlamento quien dirigía y el rey quien tenía que seguir. Entonces fue posible reorganizar la imposición de gravámenes y el crédito del país sobre una base moderna, mantener en pie un pequeño ejército permanente y una gran flota, desarrollar la organización necesaria para un gran imperio.⁴

Ahora bien, el reacomodo final de las fuerzas políticas implicó una nueva Constitución que de manera sistemática asegurase el balance entre los grupos de poder de la sociedad. La Inglaterra revolucionaria encontró este equilibrio mediante el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos entre el rey, los lores y los comunes. Durante la República surgida de la Guerra Civil (1649-

³ TREVELYAN, 1984:261.

⁴ TREVELYAN, 1984:261.

1660) había quedado claro para los propios burgueses que la eliminación del rey y de la Cámara de los Lores, como elementos del sistema político, concentraba el poder en el Parlamento de manera inconveniente para los asuntos públicos y para los propios asuntos de la burguesía.

El nuevo balance jurídico-político equilibró tres elementos que tenían, dicho esquemáticamente, la siguiente representatividad: el rey representaba al Estado, los lores a los terratenientes y los valores nobiliarios, y los comunes a la pujante burguesía. El resto de la población denominada entonces "la multitud" (*the mob*), no estaba representada en el sistema del poder, aunque sí era considerada en la toma de decisiones, como también el resto del entorno tanto nacional como internacional.

El mencionado balance institucional significó una nueva forma mixta de gobierno, en la cual la monarquía, la aristocracia y la democracia coexistían para establecer entre ellas un juego de frenos y balances. La racionalidad de esta teoría fue (y sigue siendo) la de aprovechar las ventajas de cada una de dichas formas y eliminar sus defectos.⁵

⁵ Este concepto de balance ha evolucionado de forma permanente hasta nuestros días debido a la disolución de fronteras claras entre los intereses que serán representados por cada uno de los elementos mencionados (rey, cámaras, presidencia, suprema corte, etc.). En la medida en que la sociedad deja de agruparse en torno a intereses de clase y comienza a cohesionarse con base en intereses comunes que incluso se traslapan, en esa medida comienza a ocurrir el fenómeno en que cada órgano de representación alternativamente es representante de distintos grupos según el problema concreto que se ventile. Por ello, cada vez es más difícil asignar a un órgano de representación dado la

Los Estados Unidos de América habrían de avanzar esta concepción, de modo admirable, al introducir por primera vez en el balance jurídico-político tres novedosos elementos: a) el Senado (cualitativamente diferente de la Cámara de los Lores), b) la relación federación-estados, y c) la Suprema Corte, como veremos en detalle más adelante.

Del análisis del mencionado sistema de balances y frenos resulta claro que, para los ingleses,⁶ la democracia y la representación popular, por sí solas, no constituían una vía idónea para asegurar la libertad y el sistema mismo. Esto sólo se conseguía mediante las restricciones provenientes del sistema constitucional de frenos y balances.

Sólo comprendiendo la naturaleza del balance jurídico-político establecido en la nueva Constitución inglesa podemos evaluar el ingente dilema jurídico que

defensa fija y única de los intereses identificados con una precisa clase social. No era el caso de tal diversidad y difusión de intereses en el siglo XVIII, a juzgar por un artículo que apareció en el *London Magazine* en 1776, en el cual se consideraba que "Rey, Lores y Comunes eran una pequeña élite de británicos que compartían un interés común de gobierno por patronazgo, corrupción y aristocracia." REID, 1991:134.

⁶ En capítulos posteriores veremos que tampoco para los americanos, quienes han tendido a hacer de la Suprema Corte el factor clave del balance por sus tres características: a) tener poder de último recurso, b) estar facultada para decidir, en última instancia, qué es la Constitución y c) ser un poder no formalmente representativo ni democráticamente electo.

se les planteó a los colonos americanos⁷ en su controversia con el Parlamento y que consistía en lo siguiente.

La base jurídica de los colonos para sostener la eficacia legal y la autonomía de sus asambleas coloniales cuyo objetivo era legislar en materia local y, por ende, la limitación del Parlamento metropolitano para dictar leyes en materia local de las colonias se basaba, nada menos, en que tales constituciones derivaban de Cartas expedidas por el rey y que representaban un contrato social, jurídico y político entre el rey y los colonos.

Por su lado, el Parlamento se negaba a admitir la validez jurídica de dichas constituciones coloniales y mucho menos que éstas pudieran limitar su competencia legislativa, puesto que derivaban de la autoridad del rey. Ello hubiera significado la alteración del balance conseguido, en el cual los actos del rey no podían estar por encima de ninguna ley emitida por el Parlamento.

Así pues, el basamento jurídico de las colonias implicaba su alianza con una institución, el rey, quien en la época de la independencia americana no ejercía ya el veto a la legislación, ni prorrogaba el Parlamento, ni disciplinaba a la Cámara de los Comunes al convocar a elecciones. Los *whigs* coloniales

⁷ Cuando nos referimos a la opinión de las colonias, ciertamente estamos haciendo una generalización arbitraria hasta cierto punto, con objeto de facilitar la redacción. Sin embargo, para efectos prácticos no es desacertado considerar que había dos corrientes de opinión: a) la de los *tories* a favor de la metrópoli inglesa y b) la de los *whigs* a favor de las colonias.

resultaban ser los campeones inoportunos de una Corona incapaz ya de protegerlos.

3.1.2.- El cambio de la tradicional Constitución prescriptiva por una moderna semiflexible

Hasta la revolución del siglo XVII, la Constitución inglesa fue prescriptiva. Burke nos explica magistralmente qué significaba esto: "Nuestra Constitución es 'prescriptiva'; es una Constitución cuya sola autoridad es que ha existido desde tiempo inmemorial... Su rey, sus lores, sus jueces, sus jurados, grande y chico, todos son 'prescriptivos'... Prescripción es el más sólido de todos los títulos, no sólo para la propiedad, sino para quien debe asegurarla, el gobierno."⁸

Era una Constitución que protegía el *status quo* conseguido por los gobernados. Expresaba la larga lucha por libertades cuya defensa frente a la autoridad las dotaba progresivamente de carácter constitucional. Era conservadora en cuanto retenía y protegía las conquistas libertarias. La discrecionalidad de la autoridad significaba amenaza de la libertad, de la propiedad y de la seguridad.

Esta Constitución inglesa mostraba, es curioso, un fuste de origen escolástico y un anuncio de modernidad. Esta interesante combinación se aprecia en la sola enunciación de los principios en ella contenidos, a saber:

⁸ REID, 1991:128.

- a) El consentimiento popular,
- b) La legitimidad,
- c) El constitucionalismo,
- d) Los derechos naturales de libertad y propiedad,
- e) La delegación o mandato a los representantes, y
- f) La costumbre prescriptiva.⁹

La idea de esta Constitución había sido la misma que los colonos habían llevado a América; tal era su orgullo el cual ingleses que Burke sintetizaba de esta manera: "Sin subordinación no habría imperio. Sin libertad no habría Imperio Británico".¹⁰ Porque no era una Constitución anárquica sino reguladora de un balance entre poder y gobernados.

⁹ Estos mismos principios, es cierto, fueron evolucionando con un nuevo ropaje de interpretación moderna. Por otra razón, no incluimos el principio del contrato social porque, aunque en un principio surgió en el contexto mental del medievo, pronto fue tomado y preconizado por el pensamiento moderno. En Inglaterra el pragmatismo parlamentario comenzó a prescindir de dicho principio en el siglo XVIII.

¹⁰ REID, 1991:24.

Una particularidad notable de esta Constitución prescriptiva era su pragmatismo que dejaba el punto de equilibrio a la dinámica de la lucha entre los dos polos. O como se lee en un escrito publicado en América en 1768: "... Corresponde al pueblo determinar qué tanto de poder conviene transmitir a aquellos a quienes el gobierno está confiado. Si el gobierno asume más de ese poder, se trata de una usurpación y puede ser legalmente resistido, excepto que por tranquila sumisión el pueblo manifieste aprobación y, así, el uso lo convierta en legal."¹¹

Este último razonamiento resulta importantísimo para entender el principio constitucional americano según el cual la Constitución de los Estados Unidos de América no sólo comprende el texto de la Constitución escrita, incluyendo sus enmiendas, sino también aquellos actos de gobierno tácitamente consentidos y que, por ende, se consideran de acuerdo a ella.

Hasta aquí hemos dibujado los rasgos principales de la Constitución prescriptiva tradicional de los ingleses que fue transformada por la burguesía revolucionaria del siglo XVII. Esta transformación no surgió de la proclamación de un específico documento constitucional sino de una nueva práctica implantada por la victoriosa burguesía encamada en un Parlamento no absoluto pero sí hegemónico, que se convertía en una institución de una eficacia extraordinaria y, sobre todo, expedita para crear un nuevo sistema de Derecho. Una nueva Constitución nacía no por prescripción de usos sino por redacción del soberano Parlamento. La mayoría (o el mayoriteo) sustituían o hacían ineficaces las

¹¹ REID, 1991:48.

argumentaciones basadas en principios antaño oponibles frente a los gobernantes. La supremacía parlamentaria sería en lo sucesivo la fuente privilegiada del derecho moderno. Al final resultaba que, en la propuesta de los grupos modernizantes, la soberanía tenía igual significado en el *Leviathan* que en el Parlamento: no respeto para las minorías. Ulteriormente, esta tendencia radical iría amainando.

Pongamos algunos ejemplos destacados en que se aprecie la forma en que la nueva Constitución inglesa entraba a la vida por la vía de la práctica. Durante la Revolución Gloriosa los Parlamentos inglés y escocés, por soberana resolución legislativa, habían destronado a James II y habían "designado" a William y a Mary para que reinaran, estableciendo la sucesión real sobre una línea protestante. Poco después, George III habría de deber su Corona también a un acto parlamentario.

¿Qué legitimó entonces al Parlamento burgués para tan trascendentales actos y para toda la actividad parlamentaria que a partir de entonces desarrolló para configurar y después modificar el sistema jurídico en su totalidad, incluyendo un nuevo tipo de relaciones entre metrópoli y colonias? ¿Cuál era el principio básico que soportaba esta nueva Constitución? Fue el principio de la democracia representativa. La idea de la soberanía detentada por el "pueblo", no por el soberano, y ejercida por un Parlamento representativo. La conciencia de que la modernidad comercial exigía medidas drásticas y un sistema jurídico y constitucional ágil para diseñarlas y adoptarlas con desusual rapidez, así como un

poder capaz de actuar con suficiente e indiscutido espacio de maniobra.¹² Era el nacimiento del Estado moderno de Derecho.

Ahora bien, es conveniente señalar que la "omnipotencia" parlamentaria no era absoluta. Estaba limitada por tres elementos del sistema:

a) El balance jurídico-político al que ya nos referimos,

b) Ciertas partes de la Constitución prescriptiva que permanecerían incólumes. La nueva Constitución inglesa sí era nueva por cuanto incorporaba a un Parlamento hegemónico con alcances de "poder constituyente permanente", como diríamos en lenguaje contemporáneo, pero también seguiría incluyendo entre sus instituciones fundamentales la Carta Magna, la propia Declaración de Derechos del Hombre de origen revolucionario, y muchos otros principios de *common law*, y

c) Por el "consenso" de las fuerzas con importancia suficiente como para aparecer en el mapa político que toda Constitución debe reflejar para ser funcional y estable.

Además, es de capital importancia para entender uno de los puntos esenciales del sistema jurídico angloamericano el comprender que ciertos documentos como la Carta Magna, la Declaración de los Derechos del Hombre, las Cartas Reales constitutivas y la Constitución de 1787, han significado bastante

¹² Esta exigencia se colmaría magistralmente con el invento americano de un poder ejecutivo presidencial.

más de lo que significan las palabras mismas que contienen para el sistema jurídico y para la conciencia jurídica de los ingleses y de los colonos americanos, en los diferentes momentos y casos. Así, dichos documentos no se agotan en sí mismo, sino que son instituciones que continúan creciendo al parejo de las generaciones, de suerte que expresan el sentido que tendrían en el momento histórico en que se aplican. En otras palabras, la importancia jurídica de tales monumentos de Derecho no es tanto lo que dicen sino lo que significan en cada época de la historia de esas sociedades. En esta característica se aloja una de las esencias del *common law*.

Todo el orden jurídico de las colonias estaba sustentado en la Constitución inglesa de tradición prescriptiva. La nueva Constitución impulsada por una burguesía "parlamentaria" muy imaginativa en la creación de un marco jurídico institucional *ad hoc* al comercio, principalmente internacional, iba sin duda a afectar dicho orden jurídico colonial. Para defender este orden los colonos habrían de recurrir a los principios de la Constitución prescriptiva antes mencionados, puesto que los *whigs* de la colonia entendían por Constitución una cadena sin fin de costumbres evolucionando por la presión de las circunstancias. Porque, sobre todo, para ellos no había nada que "revolucionar". Su Constitución era una Constitución de límites más que de posibilidades, de conservación no de innovación, de contención no de cambio.

Cuando surgió amenazante la soberanía parlamentaria como un *Leviathan*, entonces hicieron la revolución. Cuando, poco después, les tocó ocupar el poder,

también la burguesía colonial *whig* se convirtió en burguesía independiente y actuó como en su oportunidad lo estaba haciendo el Parlamento inglés.

Dicho de otra manera, cuando los colonos *whigs* lucharon con el poderoso imperio, el argumento habría de ser: los "límites". Cuando ya independientes defendieron y ejercieron el poder, los argumentos vendrían a ser: la soberanía, la supremacía o la mayoría de votos.

3.1.3.- La supremacía del Parlamento sobre el rey, el Derecho y sobre las legislaturas coloniales en todos los ámbitos

Puede afirmarse, históricamente, que las revoluciones inglesas del siglo XVII fueron primera ocasión en que el sistema jurídico constituyó la arena de lucha entre la burguesía manufacturera y comercial, el rey y la nobleza. Por ello el lenguaje del cambio fue legal y la lógica argumentativa fue la jurídica. Siguiendo el mismo impulso, la Revolución de Independencia americana repitió el esquema.

Los argumentos del rey y la nobleza se sostenían, en lo fundamental, en dos pilares: a) el derecho divino de los reyes y, por ende, su supremacía sobre el Derecho y b) los precedentes inveterados de soberanía o supremacía monárquica. Por su parte la burguesía, apoderada de la Cámara de los Comunes y, en consecuencia, preponderante en el Parlamento, fue elaborando su argumentación en cuatro vertientes: a) la supremacía del Parlamento, representante del pueblo, sobre el rey, b) el derecho del pueblo para eliminar al

monarca que desconociese la superioridad del Derecho emanado del Parlamento, c) el contrato social sustentado en el reconocimiento de los derechos naturales de libertad y propiedad y d) la supremacía del Parlamento sobre el Derecho y, aún, sobre la Constitución que resultaba ser modificable por la soberanía popular expresada a través de sus representantes parlamentarios.¹³

Así pues, la teoría de la burguesía se enfocaba a legitimar su capacidad para eliminar partes esenciales del sistema jurídico de origen real y, también, a fundar su derecho para crear un nuevo sistema jurídico acorde con sus intereses económicos e ideología política. La teoría de la supremacía absoluta del Parlamento para edificar y modificar el sistema jurídico se adecuó a la perfección a estas necesidades.

En realidad, esta teoría es un nuevo ropaje para cubrir la pretensión de poder absoluto. En cuanto al sujeto detentador del poder no hay una esencial diferencia entre la afirmación del poder soberano absoluto que reclama Hobbes para el monarca y la mencionada soberanía absoluta del Parlamento. En ambos casos se arrogan, el rey o el Parlamento, el poder legítimo para decidir el contenido de las instituciones jurídicas reguladoras de las interrelaciones económicas, políticas y sociales.

La diferencia de fondo entre el poder real y el parlamentario estriba en el factor que soporta su legitimación: en aquel caso era dios, en éste era el pueblo.

¹³ La expresión teórica más conocida de este movimiento está contenida en "Los Dos Tratados sobre el Gobierno" que John Locke publicó en 1690.

Ciertamente, ambos conceptos son tan abstractos que encubren realidades menos impresionantes pero, en su época, cubrían las necesidades teóricas de mentalidades con poca diferenciación de esquemas cognoscitivos en materia política y jurídica, y que, igualmente, se encontraban aún muy imbuídas de elaboraciones escolásticas.

La verdad es que "el pueblo" era una entelequia. El proceso revolucionario inglés del XVII había hecho del Parlamento el protector y garante de los derechos y privilegios del grupo ganador en dicho proceso, o sea, aquel compuesto por los manufactureros y los comerciantes, en especial aquellos quienes participaban en el mercado internacional.¹⁴

Por otra parte, debe recordarse que los conceptos políticos "pueblo" y "democracia popular" entonces sólo comprendían a los propietarios y excluían a las mayorías desheredadas. De cualquier manera, la verdad es que el proceso democratizador comenzó por aquella época.¹⁵

Este triunfo sobre el rey de Inglaterra es, históricamente, el definitivo en la larga brega entre grupos sociales poderosos y el rey. La primera victoria notable de aquellos había sido en 1214 y su trofeo: la Carta Magna. Pero la lucha

¹⁴ Dice John Phillip Reid: "No había "pueblo" excepto por un pequeño grupo de aristócratas del género masculino y la clase alta de propietarios quienes eran los únicos que podían efectuar cambios políticos." REID, 1991:109.

¹⁵ Debe tenerse presente también que, como Robert Dahl nos hace ver, no ha existido en la vida real un sistema político merecedor plenamente de llamarse democrático. DAHAL, 1989:13 y 181.

libertaria contra la autoridad arbitraria tenía una raigambre sajona previa aun a la conquista normanda (siglo XI). Según Allan Ramsay "La quintaesencia, la vida y el alma de su Constitución (de los sajones); y la base de toda la construcción de su gobierno era la restricción del poder."¹⁶ Conforme a esta perspectiva, la Carta Magna podría considerarse, más bien, como fruto natural de la tradición sajona y no de la romana (de conocida prosapia imperial) introducida por el normando William I.

Con la supremacía parlamentaria nacía un nuevo sentido del sistema jurídico. Ya no tendría como fin primordial eliminar para siempre la amenaza del poder arbitrario del rey de Inglaterra, sino que su razón de ser sería, esencialmente, el constituirse en un sistema a través del cual los diversos grupos sociales, con distintos intereses, procesarían de manera pacífica, jurídicamente, sus conflictos; así, alcanzarían consensos que expresarían la correlación de las fuerzas reales de los grupos conspicuos.

Pero este nuevo postulado constitucional de la supremacía hegemónica del Parlamento implicaba también, para efectos prácticos, que el poder legislativo estaba por encima de la ley no por debajo, pues podía crear o abrogar las leyes sin ninguna limitación. Esto significaba, naturalmente, un quiebre brusco en la tradición constitucional inglesa. Parecían remotos los tiempos en que el juez Coke, postrado ante el rey James I, le advirtiera: si una orden real contrariaba al *common law* los jueces estaban para hacer prevalecer éste por sobre el mandato del rey. ¿Qué había ocurrido? Pues que ese desplante del poder judicial había

¹⁶ REID, 1991:135.

sido para atajar a un rey que pretendía aplastar los derechos de sus súbditos, del "pueblo". Pero el rey ya no era más temido. Por el contrario, ahora el poder lo detentaba el representante del pueblo: el Parlamento.

Esta lección la iban a recordar y a aplicar brillantemente los federalistas cuando, al principio del siglo XIX, colocaron al sistema judicial de los Estados Unidos aún sobre la Constitución, según analizaremos más detalladamente.

De todo lo anterior se colige que la "supremacía parlamentaria" era la clave del nuevo constitucionalismo inglés y, consecuentemente, del nuevo sistema jurídico que pretendía ser funcional a un capitalismo mercantilista fundado, ya no en los límites históricos impuestos al poder, sino en la omnipotente democracia parlamentaria capaz de reformar las instituciones con imaginación y sin sujeción a moldes preestablecidos, con el único fin de apoyar la competitividad de las manufacturas nacionales y la conquista de los mercados internacionales.

Como ya dijimos, en la vida real dicha supremacía parlamentaria no era absoluta. Es evidentemente que el Parlamento no podía, por ejemplo, votar su perpetuación eliminando en lo sucesivo las elecciones, tampoco delegar su poder legislativo, derogar la Carta Magna o la Declaración de Derechos del Hombre. Y no es que fuera formalmente imposible para el Parlamento tomar tales medidas, lo que era muy difícil es que ellas reflejaran el "consenso" del mapa político y que logran la funcional aceptación y obediencia. Pero como no intentó tales actos no se cuestionó internamente, en la Inglaterra de aquel entonces, el carácter "absoluto" de dicha supremacía. La oposición frente a este postulado

constitucional comenzó a surgir de las colonias cuando los esquemas mercantilistas de la metrópoli comenzaron a cobrar los tributos previstos para las "colonias de un imperio". Entonces comenzó por parte de los colonos, toda una articulación de argumentos jurídicos para fundar los límites a la "supremacía", que enseguida veremos.

3.1.4.- Restricciones opuestas a la supremacía parlamentaria

Fue difícil para los abogados americanos encontrar principios jurídicos que oponer al poder parlamentario que en teoría era la más acendrada representación del pueblo. La solución la hallaron en la tradición jurídica que justamente había servido durante la historia inglesa para oponerse al poder abrumador del rey. De este venero extrajeron los principios esenciales de la Constitución tradicional prescriptiva inglesa, que más arriba mencionamos (el consentimiento popular, la legitimidad, el constitucionalismo, la delegación o mandato popular, los derechos naturales de libertad y propiedad y la costumbre prescriptiva), e incluyeron, además, el concepto del contrato social, que cruzaba tanto la época tradicional como la moderna.

En las colonias, la idea de la supremacía parlamentaria tenía, teóricamente, simpatizantes y detractores según la democracia les fuera afín a sus intereses o no. En la práctica, la supremacía del Parlamento inglés representó un peligro inminente para su *status* jurídico. Por esta razón, los abogados coloniales desarrollaron una inteligente estrategia argumentativa que buscaba dos

objetivos difíciles de compatibilizar. Por un lado, pretendían esgrimir los razonamientos jurídicos apropiados para oponerse a las medidas parlamentarias concretas que la legislatura inglesa trataba de aplicarles y que significaban un sustancial detrimento de su *status* jurídico; y por otro lado, trataban de mantener los términos de la controversia en un nivel que no pusiera en entredicho la relación esencial entre la metrópoli y esas colonias. En otras palabras, trataban de defenderse de las consecuencias concretas de la política parlamentaria que les despojaba de su *status* de autonomía local, pero querían conservar el vínculo de dependencia con el imperio, por lo que eludían argumentos conducentes a la independencia jurídica y política.

Todos estos "constreñimientos" esgrimidos por los juristas americanos resultaron inútiles e impotentes, como lo veremos en concreto en el apartado siguiente, contra un imperio que se consolidaba sobre la "supremacía parlamentaria" y el sistema de "frenos y balances".

Luego de lograr su independencia, los mismos americanos iban a desechar los mencionados "constreñimientos" como esencia constitucional, para ubicarlos, con ciertas modificaciones, como parte de un sistema de "frenos y balances" más depurado que el inglés. Así, estos postulados de la tradición constitucional inglesa cedieron su lugar a los principios de la teoría jurídico-política moderna, a saber: democracia, relación gobernantes-gobernados, representación, responsabilidad política, elección y reelección, revisión judicial, tribunal constitucional, Constitución escrita y no escrita, separación de poderes, *checks and balances*, etc.

Es más, para mediados del siglo XVIII, la mayoría de los conceptos jurídicos de la tradición inglesa ya guardaban un cierto sabor rancio, retórico y escolástico. La característica pragmática del capitalismo iniciaba la edificación del nuevo Estado de Derecho basado ahora en la rápida reacción del poder legislativo para confeccionar instituciones favorables y oportunas *ad hoc* a las exigencias de una producción y de un comercio precursores de la revolución industrial. Era el Estado de Derecho moderno que evolucionaría paralelamente al liberalismo cuya teoría se sistematizaba en la segunda mitad del siglo XVIII.

La sensibilidad política de los americanos, afinada por esta controversia con el "omnipotente" Parlamento inglés, comenzó a elaborar una preocupación por la aparente impredecibilidad institucional generada por la "constitucional ilimitación del poder legislativo" y, lo que era más aún, por la incertidumbre constitucional que tal ilimitación traía aparejada. Esta preocupación sería, años más tarde, el origen de la idea de una Constitución escrita que acotara a todos los poderes, pero lo suficientemente breve como para dejar espacios de maniobra a los poderes para ir ajustando las instituciones jurídico-políticas a la evolución histórica, con la menor necesidad de enmiendas constitucionales posibles.

3.1.5.- Cambio de *status* jurídico de las colonias y de los colonos

Durante la primera mitad del siglo XVII las colonias pudieron nacer y crecer en una atmósfera de gran libertad respecto de la metrópoli, de "sabia negligencia" la llamó Burke, en virtud de que la atención de los grupos de poder ingleses estaban concentrados en la lucha entre el viejo y el nuevo orden principalmente representados por el rey y el Parlamento, respectivamente.

Cuando éste último venció, primero con Cromwell y luego en la Revolución Gloriosa, una de las más trascendentales consecuencias fue la promoción definitiva del capitalismo moderno, bajo el esquema de un imperio marítimo protector de las manufacturas nacionales y, fundamentalmente, del comercio internacional conducido por sus mercaderes metropolitanos.

Puesta en orden la casa, la atención de la triunfante burguesía se enfocó a las colonias con objeto de hacerlas funcionales a la prosperidad de la metrópoli. Así, durante la segunda mitad del siglo XVII y primera mitad del XVIII¹⁷ los colonos americanos fueron testigos y víctimas de un decidido intento de imposición de una nueva Constitución en la cual la vinculación jurídica entre las colonias y la capital imperial sufría un cambio cualitativo en detrimento del régimen legal de las primeras.

¹⁷ El análisis de la sucesión de leyes parlamentarias en que culminó este proceso, a mediados del siglo XVIII, lo realizaremos en el apartado siguiente.

Esta drástica transformación institucional de las reglas del juego jurídico y político entre Inglaterra y sus colonias obedecía a una dialéctica de cambio que había sacudido y perturbado sólo el orden de la isla inglesa y no así el de la lejana América. Si bien el aislamiento les había ahorrado a las colonias las cargas de la revolución, también les había excluido de las ganancias.

Ninguna asamblea colonial envió contingentes a la Guerra Civil o a las gestas de 1688, tampoco fueron requeridas, ni siquiera consultadas, para el reconocimiento y coronación de los reyes William y Ann. Igualmente, estuvieron ausentes en los procesos que condujeron a la Ley del *Habeas Corpus* de 1679¹⁸ y a la Declaración de Derechos del Hombre de 1689.

Poco a poco y de forma natural, la relación se había ido transformando, sin que ninguna de las dos partes se percatara de la dimensión y trascendencia de la metamorfosis y que ésta se dirigía a un punto de inflexión radical de las instituciones jurídico-políticas.

Conforme a la tradicional Constitución inglesa, los colonos habían llegado a América con un *status* equivalente o hasta superior, en términos prácticos, al del resto de los súbditos ingleses. Sin embargo, la nueva Constitución emanada de la revolución burguesa les asignaban un *status* inferior. Les privaba de derechos como el de representación a la hora de determinar los impuestos internos recaudatorios, que era orgullo de cualquier súbdito inglés, así como del privilegio

¹⁸ "La *Habeas Corpus Act* de 1679 es, con excepción de la Carta Magna de 1215, es probablemente la más famosa ley en los anales del Derecho inglés". DUKER, 1980:52.

de crear leyes locales mediante su propia gestión democrática, como lo establecían sus constituciones coloniales y las costumbres practicadas desde la fundación de las colonias.

La conciencia de dignidad ciudadana de los colonos resonaba en 1768 en la Cámara de los Burgueses en Virginia: "Sus ancestros trajeron con ellos enteramente y los transmitieron a sus descendientes, los derechos constitucionales y naturales que ellos habían tenido en su país natal; y los primeros principios de la Constitución británica fueron desde un principio plasmados en las constituciones coloniales." Entre esos derechos, por supuesto, estaba la autoridad para legislar, "derivada y asimilada desde los primeros tiempos en que lo fue en Inglaterra," incluido "el privilegio de escoger sus propios representantes."¹⁹

La indignación se propalaba en las colonias ante un cambio de *status* constitucional que ahora les negaba, súbitamente, derechos que pensaban indisputables. Refiriéndose a la serie de leyes con las que el Parlamento inglés, a mediados del siglo XVIII, trataba de afirmar su supremacía absoluta sobre las colonias, un americano escribió: "A que deplorable estado estamos reducidos, cuando por una ley del Parlamento, en el cual los súbditos americanos no tienen voz ni son oídos, pueden ser privados de su propiedad y de su libertad."²⁰

¹⁹ REID, 1991:101.

²⁰ REID, 1991:33.

Este malestar destacaba más por la situación contrastante en el resto del continente. "Las colonias británicas no pueden ser gobernadas o mantenidas en sujeción de la manera en que lo son las españolas y otras colonias de poderes arbitrarios, cuyos gobiernos son incompatibles con la idea de la libertad británica."²¹

El contrato social había sido el baluarte en contra del derecho divino de los reyes. Ahora los colonos lo oponían al derecho pretensamente omnipotente del Parlamento para dictar cualquier ley, de manera absoluta, aunque pudiera modificar derechos adquiridos. La idea básica era que mediante el pacto social los hombres (en este caso los ingleses incluyendo desde luego a los colonos) habían encargado el gobierno a la autoridad (en este caso al Parlamento inglés). Y, como decía Ramsay en 1771, "la Cámara de los Comunes está autorizada por el pueblo para el efecto de que proteja y defienda sus derechos y privilegios",²² entre los que había que considerar, ante todo, los derechos de libertad para gobernarse en su esfera local por medio de las asambleas coloniales y el derecho de propiedad que los amparaba para no ser despojados por medio de impuestos "internos" decretados por el Parlamento inglés.

La legitimación de los actos de gobierno mediante su consentimiento por parte de los gobernados es una concepción de larga prosapia en la historia jurídica inglesa, pues no fue Locke quien introdujo este concepto sino ya Bracton, en el siglo XIII, en su libro *Las Leyes y las Costumbres*, aseveraba: "En virtud de

²¹ REID, 1991:137.

²² REID, 1991:90.

que (las leyes y las costumbres inglesas) han sido aprobadas por el consentimiento de aquellos que las usan y confirmadas por el juramento de los reyes, ellas no pueden ser cambiadas sin el consentimiento común de aquellos por cuyo consejo y consentimiento fueron promulgadas."

La supremacía del Parlamento inglés también tenía, según los abogados coloniales, un límite para decretar impuestos internos a las colonias y éste consistía en que no estaban representadas en dicho Parlamento, por lo que el privilegio constitucional de representación jurídica y política se expresaba en este caso como *no taxation without representation*.

Desde la perspectiva jurídica de las colonias, el Parlamento inglés infringía los derechos de autonomía local consagrados en las constituciones coloniales derivadas de las Cartas Reales comentadas en el capítulo anterior. Para el Parlamento inglés no existía límite jurídico, de acuerdo a la nueva Constitución forjada en la revolución, para la suprema facultad legislativa del Parlamento. El punto legal en debate era, pues, la naturaleza jurídica de las mencionadas Cartas.

¿Cuál era la naturaleza jurídica de las Cartas con que se fundaron las colonias? A mediados del siglo XVIII las opiniones se dividían. Para los defensores de la supremacía parlamentaria, naturalmente, "no eran más que actas constitutivas como las de cualquier sociedad mercantil, que les otorgaba facultades para hacer estatutos e imponer contribuciones para los propósitos de su propia gestión, en todo caso sujetas a la superior autoridad del Parlamento." La opinión de las colonias puede bien conocerse por la siguiente manifestación de la

Cámara de Representantes de Massachusetts: "Los poderes legislativos de las sociedades mercantiles inglesas no son comparables con los poderes de las asambleas coloniales. ¿Hay sociedades formadas dentro del Reino con poderes para formar otras sociedades?, ¿o para determinar qué delitos son capitales?, ¿o para constituir cortes judiciales y nombrar jueces que sigan juicios en que se imponga la pena capital?" Pero quizá quien con más visión comprendió que la naturaleza de esas Cartas estaba justamente en su evolución fue Burke, cuando dijo: "Si bien originalmente las cartas crearon sociedades mercantiles, dichas sociedades han cambiando a través de los años llegando a ser estados ... Tal vez estemos pensando como si meciéramos a un adulto en una cuna de niño."²³

"Las Cartas Reales son modificables mediante *Quo Waranto*", dijo Dowdeswell, esto significaba que la reforma, que pretendía realizar el Parlamento inglés de la Carta de Massachusetts, era competencia del poder judicial y no del legislativo. Por esta expresión podemos descubrir que las colonias percibían al Parlamento tan poderoso y amenazante como antaño lo fuera el soberano y, por ello, acudían a los jueces como único recurso para oponer el *common law* a la arbitrariedad de la autoridad.

En defensa de su derecho supremo, el Parlamento arguía que las propias Cartas Reales, citadas por las colonias, contenían la provisión de que las leyes coloniales no deberían contradecir a las de Inglaterra. Contra este argumento, los abogados de la colonia de Rhode Island interpretaron dicha provisión en el sentido de que las leyes coloniales no deberían desviarse de los "principios" de

²³ REID, 1991:176.

las leyes de Inglaterra, pero que podían diferir en la medida en que la naturaleza y constitución del lugar y la gente de América así lo requirieran. Por supuesto, todos estos argumentos fueron discutidos y desechados, por mayoría, en el Parlamento.

Múltiples debates de carácter legal como éstos se suscitaron en esta época. Los puntos centrales en litigio en el fondo siempre fueron, por un lado, el escudo de las constituciones coloniales y, por el otro, la supremacía parlamentaria. El primero de dichos puntos lo examinaremos aquí, al segundo antes ya lo hemos analizado.

El debate ignoraba o pretendía ignorar el profundo proceso histórico ocurrido de mediados del XVII a la mitad del XVIII. Los sistemas jurídicos de Inglaterra y de las colonias se habían desarrollado con creciente autonomía, de la misma forma e intensidad en que lo fueron haciendo sus economías y sus sociedades en general. Habían llegado un punto crítico en que los sistemas coloniales, en un principio no sólo compatibles con el de la metrópoli sino indiscutiblemente dependientes de ella, habían evolucionado hasta llegar a ser *cuasi* equidistantes. El viejo vínculo de la pareja no podría ser ya funcional en el futuro. Había que idear un nuevo trato.

No obstante la evidencia de estos fenómenos, la posición colonial era en el sentido de mantener la relación prevaleciente al inicio de las colonias, y la posición del Parlamento era implantar una nueva relación pero de sometimiento de las colonias americanas, similar al que se imponía a las colonias de el Caribe y

de Asia. La historia probaría que ambas posiciones eran lo bastante rígidas como para ser impracticables.

Como siempre, no faltaron algunas voces sensatas que hacían notar lo evidente. Una de éstas fue la de Burke quien señalaba los dos ámbitos de competencia del Parlamento inglés:

a) Uno imperial, por el cual debía establecer las instituciones de supervisión y orden interno del Imperio, preservadoras de la unión y promotoras de la prosperidad de este mismo como un todo, y

b) Otro, como poder legislativo local de la isla metropolitana.

Con base en esta certera apreciación, el mismo Burke insistía: "Dése a las colonias una Constitución semejante a la británica, alguna idea de representación popular. Marquen una línea de distinción pero márquenla."²⁴

En América, John Adams fue también certero al señalar que la línea divisoria entre el ámbito de competencia del Parlamento inglés y el de las asambleas coloniales la marcaba la frontera entre el Derecho de Navegación (léase comercio internacional), por un lado, y el Derecho común, civil o local, por el otro.²⁵

²⁴ REID, 1991:43.

²⁵ REID, 1991:228.

Una nueva institución jurídica y política comenzaba a pergeñarse como fórmula para resolver este conflicto: la federación, cuyo previo paso habría de ser la confederación. Lo atractivo de esta institución era que planteaba el respeto de una esfera de competencia autónoma para los Estados miembros y, a la vez, su unión mediante un orden jurídico que, limitando sus soberanías individuales, estableciera un orden de aplicación general en cuya confección participaran directamente los Estados y sus ciudadanos. Comenzaba a gestarse en las mentes coloniales lo que sería la Constitución de 1787 y, en particular, la cláusula de supremacía nacional según fue construida por Marshall a principios del siglo XIX.

No debe olvidarse, como elemento precursor de la federación, la etapa formativa de las colonias durante el siglo XVII, mediante la cual éstas fueron instaurando constituciones, leyes, tribunales e instituciones jurídicas y políticas muy propias y particulares en cada colonia.

A la postre el Parlamento inglés mostró poco entendimiento de lo que estaba en juego y de las consecuencias de mantener una actitud confiada y arrogante. Pues como decía el Procurador General de Inglaterra entonces, Charles Yorke, "No hay límites al poder legislativo sino el que la Constitución misma presume: la sabiduría y justicia de la Cámara de los Comunes".²⁶ Y en este caso, la sabiduría de la Cámara no fue tanta como para percatarse de que, llevada la disputa con las colonias al extremo, el Imperio no tendría la capacidad militar ni económica como para obligarlas coercitivamente a someterse a la "soberanía absoluta del Parlamento".

²⁶ REID, 1991:92.

La ruptura de las instituciones jurídicas reguladoras de las relaciones entre la metrópoli y las colonias americanas ocurrió por falta de talento y visión del Parlamento para percatarse de la dualidad de intereses, ambos legítimos, que debían armonizarse de manera consensual, como diríamos con lenguaje actual, si se trataba de mantener la relación, considerando que, en verdad, el Imperio no tenía el poder militar ni el económico, ni le eran favorables las condiciones internacionales como para por la fuerza someter a las colonias, como finalmente quedó demostrado durante la guerra de independencia.

Si los ingleses no hubieran sobrestimado su capacidad coercitiva sobre las colonias y, en cambio, hubieran ideado una especie de relación federada, la independencia posiblemente se habría pospuesto más o menos una centuria, como en el caso de Canadá²⁷.

Este procedimiento deliberado y firme de estrangulación jurídica llevado al cabo por el Parlamento finalmente compelió a la independencia de las colonias americanas. Tal desenlace ciertamente precipitó una crisis en las colonias pero el beneficio que lograron finalmente fue inimaginable para ellos mismos. Tan solo en el corto plazo les proporcionó las siguientes conveniencias:

²⁷ La independencia jurídicopolítica de Canadá se inició con el *Constitutional Act* de 1867 y concluyó con la resolución del Parlamento inglés del 25 de marzo de 1982 y la proclamación de la reina Elizabeth II del 17 de abril del mismo año.

a) Sustituir al "imperio inglés", como entidad supracolonial por un "estado nacional o federal", con una ventaja adicional, a saber, el imperio siempre habría negociado su *status* desde un plano de superioridad, mientras que el nuevo Estado sería la obra original de ellos mismos, y

b) Convertir a las colonias autónomas en Estados soberanos. Cada uno de éstos trasladaría parte de su soberanía al nuevo Estado nacional para garantizar una unión consolidada. Estos cambios institucionales equivalían a invertir la situación: de entidades con precaria capacidad legislativa, sin representación en el Parlamento imperial y dependientes de un imperio prepotente que en cualquier momento se sentía capaz de eliminar la Carta constitutiva o limitar la autonomía, pasaban a ser Estados de soberanía original que expresamente retenían todas las atribuciones no expresamente otorgadas al Estado nacional.

Pronto se cerciorarían de que una nueva realidad: el Estado nacional, lejos de ser un hijo sometido a sus creadores y reducido al margen estricto que éstos creían haberle otorgado, crecería rápidamente como para reencarnar en una figura que, como el temido imperio del que huían, reclamaba supremacía sobre los Estados.

En todo caso, la ventaja indiscutible de la independencia fue que el Estado nacional en realidad no tenía otra población a quien beneficiar que a la de los Estados mismos.

3.1.6.- Implantación de un sistema jurídico imperial mercantilista

El Parlamento inglés fue para los revolucionarios ingleses el símbolo de la libertad frente a la Corona; para los colonos americanos fue el símbolo del poder arbitrario.

El poderoso imperio reposaba más en principios políticos que en jurídicos, las débiles colonias en el Derecho (este modelo se presenta regularmente en todas las relaciones asimétricas entre Estados).

No es que las colonias no representaran el nuevo capitalismo en expansión del comercio internacional; de hecho las colonias como nación independiente sostendrían las mismas ideas que Inglaterra respecto de sus futuras "colonias". El punto era que esas ideas, entonces, les significaban un papel periférico y de sometimiento por una calidad de segunda categoría que no estaban acostumbrados a jugar respecto de sus "conciudadanos" ingleses.

Las colonias reconocían la autoridad del Parlamento inglés para supervisar el imperio y, particularmente, regular el comercio dentro del ámbito del imperio. En lenguaje actual diríamos: regular el comercio internacional en la zona imperial. Esta regulación evidentemente incluía los impuestos arancelarios, esto es, de importación y exportación. Sin embargo, debemos advertir un margen de variación en la postura colonial respecto a estos impuestos, que iba desde admitirlos mientras fueran regulatorios, o sea, no directamente dirigidos a

recaudar ingresos públicos sino sólo para favorecer mercantilistamente el comercio intrazonal frente al comercio extrazonal, hasta pedir exención de aquellos que colocaran a las colonias en posición desventajosa respecto de la metrópoli.²⁸

No hemos encontrado texto colonial que alegue derechos de libre comercio en contra del mercantilismo inglés a cuyo cobijo, principalmente militar, se habían desarrollado las colonias. No es una coincidencia que el año de la Declaración de Independencia, 1776, sea también el de publicación del libro de Adam Smith, primer esfuerzo sistematizador de la teoría del libre comercio.

Es fundamental recordar este significado que se otorga, dentro del mercantilismo, a las atribuciones del gobierno para regular el comercio con finalidades proteccionistas, pues lo volveremos a encontrar en las discusiones dirigidas a diseñar la confederación y, ulteriormente, la federación. Esta institución evolucionará, como veremos, a finales del siglo XIX y durante el XX en la figura de intervención estatal en materia comercial interestatal. La institución jurídica de los Estados Unidos de América a cuyo amparo acontecerá este desarrollo es la "cláusula constitucional de comercio".

²⁸ REID, 1991:223 y 224.

3.2.- Los actos de aplicación de la nueva Constitución

En el apartado anterior estudiamos los principales conceptos jurídicos que se debatieron y las instituciones jurídico-políticas que entraron gradualmente en crisis en la segunda parte del siglo XVII y en la primera mitad del XVIII, con motivo del intento de la metrópoli inglesa de aplicar una nueva Constitución que afirmaba la supremacía parlamentaria absoluta sobre las colonias en las que su *status* jurídico se veía privado de autonomía local. En el presente apartado examinaremos las leyes que fueron emitidas por el Parlamento inglés con este propósito, su fundamentación, su intento de aplicación, así como también los actos y argumentos jurídicos específicos de la oposición colonial. Juzgamos importante este examen en virtud de que muestra el proceso mediante el cual la presión del Parlamento fue forjando la ideología independentista de las colonias de carácter preponderantemente jurídico, a la vez que fue impulsando de manera obligada la concepción de novedosas instituciones jurídico-políticas que constituirían a los futuros Estados Unidos de América.

Los principales actos del Parlamento metropolitano generadores de las más acaloradas controversias fueron los siguientes:

- a) La Ley del Azúcar,
- b) La Ley Monetaria,
- c) La Ley del Timbre,

- d) La Ley de Acuartelamiento,
- e) La Ley Declaratoria,
- f) La Ley sobre Motines,
- g) La Ley 7 de George III,
- h) La Ley del Té (*Townshend*), y
- i) La Ley Coercitiva.

Para contextualizar el examen de cada una de estas leyes vamos a exponer, en breves palabras, la posición y perspectivas tanto de la metrópoli como de las colonias americanas a mediados del siglo XVIII.

En ese momento, Gran Bretaña se encontraba en uno de sus más destacados y venturosos períodos de su historia. Había firmado, en 1763, el Tratado de París con España y Francia para concluir la Guerra de los Siete Años. Con dicho tratado consolidó su supremacía marítima y colonial, al obtener el control militar y político en Canadá, Florida y los Apalaches Occidentales. A tal consolidación contribuyó también su dominio sobre la India, consecuencia de las victorias militares inglesas de 1757.

Para trazar la situación en las colonias es menester referirnos, por lo menos, a seis eventos históricos:

a) La cuarta y la quinta décadas del siglo XVIII perturbaron la paz en las colonias y les impusieron la necesidad de participar con muchos de sus hombres en la guerra fronteriza norteamericana entre ingleses y franceses, acostumbrando los ánimos coloniales a la beligerancia y, a la vez, generando el natural decaimiento económico en la consiguiente posguerra;

b) La misma década de los 40 presenció la exaltación de las ideas religiosas en contra las autoridades eclesiásticas establecidas y, por ende, contra toda autoridad, movimiento conocido como "El Gran Despertar" que favoreció procesos de aglutinamiento y de fuerte movilización de la sociedad civil;

c) Las condiciones propicias de América, el desempeño de los colonos y el bajo costo de la mano laboral esclava en cosechas de alto valor como el algodón y el tabaco, habían elevado el nivel de vida en estos territorios hasta colocarlo solamente abajo del de Inglaterra, Holanda y Francia;

d) La población colonial, propulsada por el crecimiento económico, se decuplicó durante las tres primeras generaciones del siglo XVIII, para pasar de 250,000 a 2'500,000 habitantes, generando las consiguientes presiones económicas, pluralidad política y movilización social;

e) En 1763, tribus de indios capitaneados por el líder indio Pontiac reabrieron con fuerza la disputa por la frontera occidental, requiriéndose un fuerte dispositivo militar inglés relativamente costoso, ya que entonces los ingresos imperiales anuales provenientes de las colonias ascendían a 40,000 libras, mientras que sus gastos militares y navales para ese territorio alcanzaban un promedio anual 10 veces mayor, y

f) Desde principios de la tercera década de ese siglo había permeado en las colonias la famosa discusión entre John Trenchard y Thomas Gordon contenidas en una famosa publicación, "Las Cartas de Cato", que venían a actualizar la idea de los derechos del pueblo para oponerse a medidas tiránicas de las autoridades, base ideológica lockiana de la Revolución Gloriosa y fundamento del grupo político de los *whigs* americanos.

En resumen, tanto en la metrópoli como en las colonias estaban aconteciendo cambios cuantitativos y cualitativos en las diversas fuerzas políticas y económicas en esta época e incuestionablemente tendían a presionar los sistemas jurídicos y políticos para adecuarlos a nuevos marcos institucionales. También era evidente que dichas presiones requerían de un muy abierto criterio por ambas partes a efecto de crear una nueva plataforma institucional de relación que hiciera armónicos los dos crecimientos.

En estas delicadas circunstancias comenzó el embate metropolitano contra las colonias americanas. La arena del combate sería el Derecho. El primer acto de la obra se inició con la ocurrencia del primer ministro inglés George Grenville de

promover iniciativas legislativas para generar dos cambios jurídicos fundamentales en las colonias: a) La destrucción del contrabando que inveterada y plenamente campeaba en las colonias, y b) La conversión de las colonias en fuentes de ingresos fiscales para la metrópoli.

Lo primero pretendió lograrlo estrechando la vigilancia costera y portuaria e instalando cortes judiciales marítimas con dos características completamente disolventes del orden jurídico colonial de tradición inglesa, a saber: a) En dichas cortes se suprimían los jurados por considerar que éstos simpatizaban con colonos contrabandistas y los hacían impunes, y b) En el procedimiento judicial se imponía la carga de la prueba de inocencia a los colonos acusados de contrabando.²⁹

Lo segundo pensó conseguirlo con la promulgación de cuatro leyes:

a) Ley del Azúcar de 1764 que reducía a la mitad los impuestos de importación a las colonias con la intención de desalentar el contrabando haciendo incoesteable el soborno, pero que implantaba nuevos impuestos sobre importaciones de productos no ingleses: textiles, vinos, café, índigo y azúcar. La novedad consistía en que estos gravámenes se dirigían a obtener recursos fiscales y no, como era tradición, a regular el comercio mercantilistamente;³⁰

²⁹ TINDALL, 1989:99.

³⁰ TINDALL, 1989:97.

b) Ley Monetaria de 1764 que hacía extensible a todas las colonias una prohibición anterior circunscrita a la región de New England de emitir papel moneda, con el fin de evitar que los ingresos esperables por pago de deudas contraídas con prestamistas de la metrópoli fuesen virtualmente disminuidos por no pagarse con libras esterlinas. Esto agravó la mencionada situación crítica de la posguerra en las colonias;

c) Ley del Timbre de 1765 que establecía un gravamen eminentemente "interno" y, también, de propósito recaudatorio que afectaba en la práctica a toda la población al hacer obligatorio un timbre en toda clase de documentos en los que constaran transacciones legales y, aún, en productos como naipes y dados;³¹
y

d) Ley de Acuartelamiento también de 1765, que obligaba a la población colonial a proveer alimento y alojamiento a las tropas inglesas; esta norma equivalía a un impuesto "interno" que igualmente rompía con la tradición mercantilista hasta entonces observada por Inglaterra para dejar los impuestos internos como fuentes locales de ingresos y satisfacer solamente las necesidades del gobierno local.

¿Por qué estos actos legislativos, primordialmente la Ley del Timbre, provocaron multitudinarias manifestaciones en las que participaron por igual terratenientes, artesanos, comerciantes y otros grupos sociales? Principalmente por dos razones:

³¹ TINDALL, 1989:98.

a) Dichas leyes quebraban nada menos que el sistema jurídico de las colonias derivado de los pactos realizados con el rey al momento de sus respectivas fundaciones y mantenido de manera invariable desde entonces, que les otorgaban autonomía interna a los gobiernos de las colonias. Por tanto, transgredían la línea divisoria entre la competencia imperial (supervisión y regulación del comercio internacional incluyendo impuestos regulatorios de la importación y exportación) y la materia local de las colonias que incluía el régimen fiscal para subvenir las necesidades internas de las colonias. En este punto debemos destacar que, independientemente de las vicisitudes por las que sucesivamente pasaron los *status* jurídicos de las colonias (En 1763 todas las colonias excepto Maryland se habían convertido en colonias reales),³² todas ellas gozaban, a la sazón, de un sistema jurídico autónomo para sus asuntos internos, y

b) Las leyes en cuestión afectaban el derecho de propiedad de los colonos, no su comercio exterior. Ese derecho se consideraba, junto con el de libertad, los dos más caros valores de todo ciudadano inglés (y los colonos se consideraban totalmente como tales). Estos derechos eran afectables sólo mediante leyes expedidas democráticamente. Por tanto, las referidas leyes conculcaban el básico principio jurídico de *no taxation without representation*.

La reacción en todas las colonias contra la mencionadas medidas imperiales fue de verdadera conmoción. Toda una cruzada contra el poder

³² GREENE, 1984:40.

arbitrario se vio desatada. Uno de los actos más relevantes fue la reunión de 27 delegados de 9 colonias en New York en Octubre de 1765. Ahí suscribieron una "Declaración de Derechos del Hombre y Agravios de las Colonias", en la cual pedían al rey su intervención y al Parlamento la abrogación de la Ley del Timbre.

En julio de 1765 se produjo un cambio de primer ministro inglés. Un *whig*, el marqués de Rockingham, asumió la tarea de deshacer los entuertos provocados por Grenville. Promovió dos medidas: la reducción del impuesto establecido en la Ley del Azúcar hasta un nivel irrelevante y la abrogación de la Ley del Timbre. Para guardar un apropiado equilibrio político, dicha abrogación la impulso simultáneamente a la expedición de una llamada Ley Declaratoria ideada para calmar los ánimos de los más duros "imperialistas". Esta Ley Declaratoria podría haber resuelto en forma práctica el conflicto, de no ser por insensatos eventos subsiguientes. Pero antes de comentar éstos, examinemos la que fue tan conspicua ley.

El preámbulo de la Ley Declaratoria, en su parte esencial, establecía: "las colonias en América han sido, son, y por derecho deben ser, subordinadas a, y dependientes de la Corona imperial y del Parlamento de la Gran Bretaña" porque el Parlamento "tuvo, ha tenido y por derecho tiene, todo el poder y la autoridad para hacer leyes y estatutos con suficiente fuerza y validez para vincular a las colonias y a los pueblos de América, súbditos de la Corona de Gran Bretaña, en todos y cualquier caso."³³

³³ REID, 1991:37.

Asimismo, dicha ley decía en su artículo segundo: "Todas las resoluciones, votos, ordenes y procedimientos en cualquiera de las mencionadas colonias o plantaciones, mediante las cuales el poder y autoridad del Parlamento de Gran Bretaña para hacer leyes y estatutos, han sido negados o puestos en cuestión, son en este acto declarados plenamente nulos para cualesquiera intentos o propósitos."³⁴ .

Según la autoridad imperial, estaba reafirmando una preexistente ley constitucional. Según los colonos era una nueva doctrina, si no, dijo Franklin, no habría habido necesidad de dicha ley.³⁵ .

A pesar de la trascendencia de los asertos contenidos en esta ley, las colonias no reaccionaron contra la misma en virtud de un razonamiento eminentemente jurídico y muy propio del pragmatismo americano: no les significaba agravio concreto.

Las instituciones jurídicas lo son, como vimos en el capítulo I, en la medida en que establecen patrones de conducta esperables, marcos de referencia conductual coercitivamente imponibles. La declaraciones generalmente sirven a propósitos de ropaje político, no a fines prácticos. Por tanto, no constituyen instituciones jurídicas si no establecen obligaciones que puedan hacerse concretas. De esta suerte, la Ley Declaratoria había cumplido su función de dejar conformes a ambos lados del Atlántico (por lo menos así parecía), en cuanto

³⁴ REID, 1991:38 .

³⁵ REID, 1991:38 .

afirmaba, en general, la supremacía parlamentaria pero no entrañaba un ejercicio específico de dicha supremacía.

De esta manera quedaban eliminados, prácticamente, los efectos de dos de las citadas leyes conflictivas, la Ley del Azúcar y la Ley Declaratoria.

Con respecto de la Ley de Acuartelamiento, la colonia de New York era en realidad la afectada ya que ahí se encontraban principalmente las tropas inglesas. El interés de la Asamblea de esta colonia era no sentar el precedente de autoridad del Parlamento inglés para gravar a esa colonia con un equivalente de impuesto interno como era el proveer a las tropas con alojamiento y comida. Con este propósito, la Asamblea General de New York votó fondos para las principales provisiones pero no para todas. De esta forma la Asamblea intentaba mostrarse como proveedora de *motu proprio* y no sometida a la ley parlamentaria.

Así las cosas, acaeció otro cambio de primer ministro, adviniendo Charles Townshend. Inoportuno (murió poco después de promover sus leyes) e imprudente ministro que alteró la paz conseguida con la Ley Declaratoria al promover los tristemente célebres "impuestos Towshend" y leyes accesorias,³⁶

³⁶ Algunas de esas leyes fueron: la Ley de Suspensión de la Asamblea General de New York que Townshend promovió para sancionar el insuficiente cumplimiento de este cuerpo a la Ley de Acuartelamiento. Finalmente, no se aplicó porque previamente la Asamblea decidió pagar por la totalidad de las provisiones establecidas. Pero el daño a las relaciones jurídicas y políticas estaba hecho y como no se derogó, esta ley siguió irritando durante los sensibles tiempos que siguieron. Asimismo, el Secretario Colonial del Parlamento propuso en ese entonces que se exhumara la Ley 35 de Henry

cuyo propósito era obtener ingresos de las colonias, patentizar la supremacía imperial y tomar control central de los órganos de gobierno coloniales. El resultado final no fue el perseguido, sino la independencia de las colonias americanas.

El principal ordenamiento promovido por Towshend fue la Ley de Ingresos de 1767 que imponía aranceles a las importaciones coloniales sobre vidrio, plomo, pinturas, papel y té. El citado primer ministro apoyó administrativamente tal ley estableciendo un Consejo de Comisionados Aduanales en Boston y expandió la organización de las ya mencionadas cortes judiciales marítimas, con lo que sustraía por completo a la competencia colonial la fiscalización y aplicación de las leyes aduanales.

Townshend consiguió que los ingresos provenientes de dichos impuestos se destinaran a cubrir los emolumentos de los funcionarios administrativos y judiciales de las colonias, obviamente con el trascendental fin de sustraer a la influencia de la Asamblea local la administración, aplicación y efectividad del orden jurídico interno de las colonias.

De nuevo el centro de la disputa se expresaba en términos legales. ¿Cuál era el ámbito de competencia del sistema jurídico imperial y cuál el de las colonias?, ¿Qué tipo de relación existía entre ambos sistemas? Un conocido abogado de Philadelphia y un egresado de Harvard, John Dickinson y Samuel

VIII para poder juzgar indistintamente en Inglaterra o en América a los colonos que desobedecieran una ley parlamentaria; lo cual hacía prácticamente nugatorio el sistema judicial colonial y violaba su principio de autonomía.

Adams, respectivamente, se distinguieron como impugnadores de la intrusiva y usurpadora pretensión parlamentaria.

Varias asambleas hicieron declaraciones también en ese sentido. En la Cámara de Representantes de Massachusetts en 1773 se dijo: "admitir que cualquiera autoridad pueda hacer leyes que obliguen al pueblo de esta provincia en todos y cualquier caso, aparte de esta Asamblea o Corte General, es inconsistente con el espíritu de nuestra libre Constitución, y repugna a una de las más esenciales cláusulas de nuestra Carta".³⁷

La Asamblea General de New York dijo en marzo de 1775: "las libertades de un ciudadano inglés son sus derechos y la libertad consiste no sólo en la mera ausencia de opresión sino en el derecho a tal ausencia fundado en la ley y en la Constitución."³⁸

Pero si se expresaba en términos legales el conflicto no era porque se confinase a juristas sino que manifestaba el grado de politización que existía en América y la inextricable vinculación entre política y Derecho.

La protesta colonial escaló hasta llegar a la llamada Masacre de Boston.³⁹ Un mes después el Parlamento inglés derogaba todos los impuestos Townshend excepto uno: el del té, de nuevo con el obsesivo propósito de salvaguardar el

³⁷ REID, 1991:56-57.

³⁸ REID, 1991:56.

³⁹ La sensibilidad y celo de los colonos por sus derechos humanos se muestra claramente en el título que le dieron a un incidente que dejó siete muertos y ocho heridos.

principio de supremacía parlamentaria mediante un mecanismo realmente ingenioso que consistía en lo siguiente. Antes de la ley, la libra de té pagaba 12 peniques por impuesto de importación, la ley reducía el impuesto a sólo tres peniques. ¿Quién iba a impugnar tan favorable legislación? El razonamiento inglés fallaba al ignorar que también la principal preocupación de los colonos era, no el monto del pago de los impuestos en sí, sino el sometimiento que implicaba dicho pago; esto por dos razones: porque establecía el precedente del derecho imperial a establecer impuestos recaudatorios en las colonias y porque al destinar la recaudación al pago de funcionarios administrativos y judiciales (que resultaban así ser nombrados y pagados por la metrópoli), prácticamente privaba de fuerza y poder a las asambleas locales sobre la aplicación real y concreta del Derecho. Si estos cambios fructificaban ¿cuál podría ser el destino de las colonias?

Pero la mencionada ley del té contenía otro imaginativo mecanismo dirigido a lograr el tan codiciado precedente del pago. Establecía la ley la hipótesis jurídica según la cual la sola entrada de un buque cargado de té en puerto americano implicaba la causación del impuesto, previéndose que el té debería descargarse en un almacén fiscal donde debería liquidarse el impuesto. En defecto del pago por los obligados, las autoridades embargarían el té descargándolo para su remate y pago del gravamen con su producto. Lo importante, pues, era que el impuesto estuviera fatalmente pagado aunque no mediara acto alguno de los colonos y su monto fuera insignificante.

Pero los americanos también compartían con los ingleses el ingenio jurídico. La contramedida colonial fue no permitir, en absoluto, que los barcos británicos cargados de té entraran a puerto; sin embargo, no falta siempre un imponderable. No obstante la advertencia al buque mercante Dartmouth de permanecer distante, por inciertas razones el capitán entró a puerto. Esta sola circunstancia haría girar 180 grados la estrategia colonial de no confrontación.

Los espacios legales de maniobra se habían agotado. Del ámbito *de jure* se pasó al *de facto*. Al décimo noveno día de su ingreso al puerto de Boston, el Dartmouth recibió por la noche la visita de colonos disfrazados que arrojaron al mar 342 cajas de té. No era un acto violento en sí, no era movido por la ira; tampoco era, en esencia, un acto jurídicamente relevante dirigido a salvaguardar los derechos constitucionales de las colonias contra la supresión de los mismos como lo pretendía el Parlamento imperial. Fue, en realidad, la última oportunidad para ambas partes de circunscribir el conflicto a la esfera del Derecho y llegar a una negociación. Evidentemente, una negociación o transacción sólo es factible si las dos partes desean evitar la solución coercitiva de la controversia y optan por hacer mutuas cesiones. No era el caso, sobre todo desde la posición del Parlamento inglés.

La reacción del imperio se sustancializó en las Leyes Coercitivas, renombradas en las colonias "Leyes Intolerables", y que fueron las siguientes. Ley del Puerto de Boston por la cual se cerró este puerto hasta que no fuera reparado el daño del té. Ley de Administración Imparcial de Justicia por la que cualquier causa penal contra militares ingleses podría ser sustraída al conocimiento de las

cortes americanas y trasladada por el gobernador a la capital del imperio. Ley de Gobierno de Massachusetts que proporcionaba al imperio la capacidad de designar a todos los funcionarios administrativos y judiciales de las colonias y prohibía reuniones no autorizadas.

Así, llegaba a su fin un proceso de siglo y medio, aproximadamente, durante el cual sistema jurídico colonial americano, vástago del inglés, se había ido diferenciando hasta un grado de mayoría de edad que había menester un inteligente y generoso gesto de emancipación por parte de su progenitora Inglaterra. Como esto no ocurrió la solución fue, como es deseable entre los individuos, la afirmación indeclinable de independencia que condujo a la formación de un sistema de instituciones jurídicas que por su historia, por su época de formación y por otras circunstancias que iremos indicando, ha constituido un modelo con características muy funcionales para el desarrollo del capitalismo.

CAPITULO 4

LA GESTACION DEL ESTADO NACIONAL

Las controversias entre Inglaterra y sus colonias americanas concluyeron en una revolución de independencia, lo que significa una ruptura de éstas con el sistema jurídico de aquélla. La independencia, como antes las controversias, se expresó en un lenguaje legal y condujo, por necesidad, a la creación de un nuevo sistema jurídico que reconoció el historial de derecho colonial estudiado en capítulos anteriores, pero que, en rigor, instauró un modelo de sistema institucional jurídico cualitativamente novedoso.

En este capítulo examinamos el proceso de configuración inicial de este modelo, considerando tres etapas: a) la Declaración de Independencia de 1776, b) la Confederación de 1781-1789, y c) la Convención Constituyente de 1789.

4.1.- La Declaración de Independencia

Ante la aceleración y escalamiento de la contención jurídica entre la metrópoli y las colonias en la década de los años 60 y principios de los 70 del siglo XVIII, las colonias decidieron estrechar su unión. Al efecto, se convocó para el 5 de septiembre de 1774 a un Congreso Continental en Philadelphia al cual concurren delegados de cada una de las colonias, excepto Georgia.

Cuando en julio de 1775 el conflicto jurídico se convirtió en revolución de independencia el mencionado Congreso asumió las funciones de gobierno, escenificando así el primer acto de la creación *de facto* de un nuevo sistema jurídico-político.

Casi un año después, el 10 de mayo de 1776, el propio Congreso comunicó a todas las colonias una resolución por la que les recomendaba procedieran a formar nuevos gobiernos "como mejor conviniese a la felicidad y seguridad del pueblo".¹ A partir de ese momento se inició el proceso de transformación de los sistemas jurídicos coloniales en nuevos Estados soberanos e independientes.

El 7 de junio de 1776, el delegado de Virginia Richard Herry Lee propuso tres decisiones al Congreso Continental, una de las cuales consistía en declarar la independencia de las colonias con respecto del imperio. El 10 del mismo mes se nombró una comisión integrada por Jefferson, Adams, Franklin, Sherman y Livingston para redactar la declaración respectiva, misma que estuvo lista el día 28 siguiente y fue adoptada formalmente el 2 de julio de 1776. Dos días después, el 4 de julio, la Declaración fue publicada y ha sido la fecha que se conmemora.

¿Qué tanto contenido jurídico podemos encontrar en la Declaración de Independencia y qué aportó a la conformación del sistema jurídico de los Estados Unidos de América? El contingente de 25 abogados que integraron la lista de las

¹ COMMAGER, 1958:104::.

56 personas firmantes de la Declaración de Independencia² es un primer indicio de la ponderación que los conceptos jurídicos tuvieron en ese documento. Ahora bien, del análisis de su texto creemos que es factible espigar los siguiente conceptos expresos que indudablemente comenzaron a perfilar el carácter del sistema jurídico independiente en formación y a demarcar sus áreas conflictivas.

a) La Declaración de Independencia inicia con una declaración de derechos humanos: los seres humanos fueron creados iguales y provistos de inalienables derechos entre los que destacan el derecho a la vida, a la libertad y a perseguir la felicidad,

b) El gobierno se instituye para asegurar dichos derechos derivando su poder del consentimiento de los gobernados, por lo que el pueblo tiene el derecho a alterar o abolir al gobierno que no responda a estas condiciones (Una vez consolidada la independencia, los mismos líderes políticos repensarían el derecho a "abolir el gobierno tirano" como un exceso radical). Tal es el caso de las colonias americanas frente al gobierno del rey de Inglaterra de entonces, George III, que había incurrido en:

- repetidas injurias y usurpaciones,

- veto a leyes coloniales necesarias para el bien público,

² SCHWARTZ, 1974: 5.

- negación del derecho de las colonias para ser representadas en la legislatura inglesa,

- disolución de Asambleas Legislativas de las colonias,

- impedimento para poblar territorios americanos,

- obstrucción de la administración de justicia al vetar el establecimiento de poderes judiciales y tratar de hacer a los jueces dependientes del rey,

- levantamiento de ejércitos en las colonias sin el consentimiento de las legislaturas coloniales,

- protección de sus soldados ingleses contra juicios efectivos por muertes de colonos,

- prohibición del comercio colonial con el resto del mundo,

- imposición de gravámenes fiscales sin el consentimiento de las colonias,

- privación frecuente del derecho de los colonos a tener juicio con jurado, y

- derogación de las Cartas Reales fundamentales de las colonias.

De los anteriores conceptos, que fundaron la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, podemos concluir que el

sistema jurídico-político que prevalecía en la mente de los dirigentes coloniales contenía, al menos de manera manifiesta, los siguientes elementos esenciales:

a) Se reconocen los derechos humanos a la igualdad, a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad. Esta declaración del derecho a la igualdad entre los hombres habría de sufrir muchas vicisitudes y odiosas negaciones a lo largo de la historia jurídica y política de este país. La razón es evidente, los dirigentes coloniales en su lucha por romper la dependencia jurídico-político con Inglaterra no dudaron en sustentar las ideas libertarias inglesas e incluso francesas de la Ilustración. Posteriormente, una vez independientes y enfrentados a los dilemas políticos internos su afición a los derechos humanos disminuyó sensiblemente, como más adelante lo examinamos.

Es más, se sabe³ que la correlación de fuerzas políticas e intereses económicos representados en el Congreso Continental impidió incluir la parte del proyecto de Declaración presentado por Thomas Jefferson (principal redactor) en que se reclamaba al rey George III el haber perpetuado el comercio de esclavos.

Poco tiempo más tarde, durante el período de ratificación de la Constitución de 1787, el grupo conservador, políticamente antagónico a Jefferson, los "federalistas" escribían: "El primer objetivo del gobierno es proteger la diversidad de capacidades de los hombres, que es de donde se originan los derechos de propiedad..."⁴ Por su parte, Rousseau era de opinión inversa, para él la propiedad

³ HALL, 1987:599.

⁴ El Federalista, Núm. 10.

privada era el origen de las desigualdades entre los hombre,⁵ criterio que, posteriormente, sería sostenido y documentado por otros investigadores como Engels.⁶

Podría pensarse con John R. Vile⁷ que el propio Jefferson, tiempo después, se desplazaría del concepto abstracto de igualdad que había respirado en la Francia ilustrada a una concepción más concreta, al referirse a la necesidad de una aristocracia del talento y la virtud. Por nuestra parte, consideramos que, de ninguna manera, el reconocimiento de diferencias en capacidades o virtudes tiene nada que ver con la negación de la entidad humana que es inherente a la institución jurídica de la esclavitud en los Estados Unidos de América.

En cuanto al último de los mencionados derechos, debemos reparar en que no se declara el derecho humano a la felicidad sino a su búsqueda, o sea, una concepción esencial en el marco cognoscitivo liberal-burgués. Esta sutil diferencia constituye una importante nota en el sistema jurídico-político que estamos analizando. Porque si la felicidad se entiende como el bienestar de los seres humanos, no es éste el derecho tutelado sino solamente la posibilidad de los hombres para buscar esta felicidad. Esta concepción transluce mucho del concepto protestante de felicidad como un signo de predestinación o como una tarea de los hombres no como un derecho de ellos que el Estado tendría que apoyar.

⁵ ROUSSEAU, 1972:115.

⁶ ENGELS, 1955:333-335.

⁷ VILE, 1993:5.

Todavía más, hay autores⁸ para quienes este derecho a la felicidad debe entenderse como un derecho a la propiedad privada y apoyan su opinión en el origen lockiano del concepto. Compartimos dicha apreciación ya que la propiedad privada, como basamento de la organización social y, por ende, del sistema institucional del Derecho, es una concepción esencial en el pensamiento burgués de la Inglaterra del siglo XVII y de la Ilustración francesa del XVIII.

Las ideas anteriores indican una característica fundamental en el concepto americano de igualdad. Esta es reconocida como derecho humano inalienable en el sentido de que los hombres son "creados iguales" pero en el trayecto de sus vidas pueden tener éxito o no en la "búsqueda" de la felicidad. Lo que equivale a decir que no es un derecho de todos los hombres el del bienestar que se implica en la felicidad. Este concepto, esencialmente liberal, contrasta con el derecho a la igualdad como justicia social en el cual se entiende que todos los seres humanos tienen el derecho a igual bienestar y que el Estado debe proveer para combatir las desigualdades que con frecuencia no dependen de la capacidad, voluntad o determinación de las personas.

b) El fin esencial del gobierno es el de ejercer el poder que el pueblo le otorga para custodiar la debida observancia de los derechos humanos inalienables y promover las acciones que cuenten con el consentimiento popular, en cuyo defecto el gobierno puede ser removido por el pueblo, en ejercicio de su poder soberano.

⁸ VILE, 1993:5.

Así pues, los fundamentos del Estado que el sistema jurídico debe contener deben ser tres: el gobierno democrático de representación popular, la legitimidad del ejercicio del poder por el consentimiento del pueblo y el derecho a la revolución contra un gobierno arbitrario, esto es, aquél que ejercita el poder más allá del consentimiento popular expresado por sus representantes a través de la ley.

Este concepto de gobierno democrático y representativo quedó encuadrado en la concepción anteriormente comentada de igualdad "original" de los hombres y de la consiguiente desigualdad de los mismos, debida a su éxito o fracaso en la búsqueda de la felicidad. Esta ideología se deslizó en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, con variada intensidad, para justificar la esclavitud y la desigualdad entre los seres humanos.

c) Se bosqueja una política migratoria. Tras el reclamo al rey de haber obstruido las corrientes migratorias para poblar las grandes extensiones coloniales, se adivina el perfil de una política migratoria con tres objetivos: la conquista territorial expansionista rumbo al Sur y Occidente, la inversión especulativa en terrenos y la asimilación de corrientes inmigrantes de Europa.

Hamilton confirmaría estas tendencias expansionistas cuando pocos años después escribía: "... el espíritu aventurero distintivo del carácter comercial americano, ha producido cierto malestar en varias de las potencias marítimas de Europa. ... Las que tienen colonias en América ... preven los peligros que pueden

amenazar a sus posesiones ... vecinas de unos Estados dispuestos a crear una poderosa marina y provistos de todos los medios necesarios para lograrlo."⁹

En otra parte de "El Federalista" también se afirma: "El ejército y la armada deberán ser no sólo instrumentos de defensa de los Estados Unidos... también deberán emplearse para obligar a la apertura de mercados extranjeros; porque lo que no puedan derechos aduaneros discriminatorios ni leyes que favorezcan la marina, lo podrá la espada..."¹⁰ Poco más de medio siglo transcurriría para que México, ya como país independiente, experimentara la realidad de dichos peligros.

d) Tras la imputación de impedir el comercio internacional se pone de manifiesto la orientación capitalista imperial y también expansionista de los nuevos Estados, ciertamente tomada del modelo inglés y que correspondía a las ideas avanzadas de la época.

e) Se reafirma como estructura fundamental de los nuevos Estados la que fuera piedra angular del sistema de gobierno colonial: la mancuerna entre las asambleas de representantes coloniales, ahora de los Estados independientes, y el sistema judicial de los mismos como elemento preponderantes en el sistema político.

⁹ FEDERALISTA, 1957:41-42.

¹⁰ BEARD, 1953:169.

Nótese dos importantes características que se reflejarán en la Confederación: la evidente ausencia de una reivindicación del poder ejecutivo colonial, y el carácter eminentemente local del legislativo y judicial que implica separación soberana y absoluta, entre los poderes de cada una de las colonias, ahora Estados.

El seguimiento de la evolución de estas dos características es un fructífero hilo conductor, como veremos en este capítulo, para descubrir el proceso de gestación del estado nacional en Estados Unidos de América.

f) Se reafirma el añejo derecho inglés (que data de la Carta Magna de 1215) de no ser despojado de la propiedad privada, vía impuestos, salvo por el consentimiento otorgado al gobierno por la representación de los contribuyentes.

El derecho a la propiedad privada se encontraba, pues, entre los derechos inalienables de los seres humanos (sólo de aquellos llamados "libres"), aún cuando no se mencione expresamente este derecho en la parte inicial de la Declaración en comento.

g) La legitimidad de la autonomía jurídico-político de las colonias se hace derivar de Cartas Reales reputadas inderogables, salvo por vía judicial, como se dijo en el capítulo anterior.

Este interés en mantener explícito el origen de legítima fundación por acto de autoridad superior, trasluce la preocupación por conservar y respetar la autoridad constituida, y de considerarla intocable a menos de darse los extremos arbitrarios que condujeron a la revolución. Este esquema axiológico constituye, en nuestro concepto, la piedra angular de la posición conservadora en la tradición jurídica angloamericana.

h) Esta Declaración de Independencia, así como los siguientes pasos en la conformación del sistema jurídico-político de los Estados Unidos de América fueron llevados al cabo por un grupo breve de colonos que fundamentalmente pertenecían a las clases exitosas en lo económico, como documentamos con suficiencia más adelante. De ahí que no se tratara de una reacción contra la autoridad, propiamente dicha, como suelen ser las revoluciones populares, sino de la reacción de una élite detentadora del poder público colonial que probó ser lo bastante poderosa como para no admitir sumisión a otra autoridad, la imperial, más allá de cierto límite que ésta última no respetó.¹¹

¹¹ En el caso de México, la lucha independentista que se festeja es la popular de Hidalgo y Morelos, sin embargo, la que triunfó fue la criolla representada por Iturbide. Por ello y por la incorporación ulterior de mestizos liberales, el sistema jurídico del México independiente se inspiró en el modelo similar de los Estados Unidos y su Constitución. En caso contrario, se podría haber orientado más hacia la de Apatzingan.

4.2.- Los Artículos de la Confederación

Cuando en mayo de 1776, el Congreso Continental urgió a las diversas colonias a establecer gobiernos propios, los nuevos Estados procedieron, con una clara concepción jurídica, a elaborar sus constituciones escritas que estuvieran, tanto legal como moralmente, más allá del alcance inmediato del poder gubernamental. 561 años atrás, sus antepasados habían iniciado esta tradición y la habían refrendado hacia menos de un siglo. Al final de la revolución, en todos los Estados se habían adoptado constituciones escritas.¹²

El mismo Congreso Continental resolvió, el 11 de junio de 1776, formar una comisión paralela a la redactora de la Declaración de Independencia, que se abocase a diseñar el sistema jurídico que vinculara a las trece colonias una vez que éstas fueran independientes. Un renombrado abogado, John Dickinson, ideó el esquema jurídico que, en principio, con pocos cambios fue adoptado el 15 de noviembre de 1777 y firmado por los representantes de los trece Estados independientes durante 1778 y 1779, para regir de 1781 a 1789.¹³ Los interludios previos a la vigencia dan idea de lo dificultoso del proceso de decisión para constituir una unión entre las colonias recientemente independizadas, aun cuando dicha unión fuera extremadamente laxa, como más adelante veremos. También denotan dos características esenciales de estas flamantes entidades públicas

¹² SCHWARTZ, 1974: 23.

¹³ Existen varios antecedentes proponiendo modelos de unión, como el de Penn en 1697 y el Plan Albany concebido por Benjamín Franklin en 1754. COMMAGER, 1958: 39 y 43.

independientes: el celo extraordinario por una identidad propia de cada una de las colonias y el concepto radical de soberanía con respecto a las demás. No es de extrañar este rasgo habiendo examinado en el capítulo 2 sus orígenes heterogéneos y particulares.

¿Qué sistema jurídico creó la Confederación? Hagamos una síntesis del texto mismo de lo que se conoce como "Los Artículos de la Confederación".¹⁴ En los puntos en que sea atinente incluiremos algunas observaciones para, al final, formular nuestros comentarios al sistema jurídico concebido para la Confederación.

a) El nombre oficial adoptado para la unión fue el de "Estados Unidos de América".

b) Cada Estado retenía su soberanía, libertad e independencia, así como todos los poderes, jurisdicciones y derechos no expresamente delegados a los Estados Unidos por decisión del Congreso de la Confederación reunido en asamblea.

Como lo comprueba la historia y las integraciones contemporáneas, todo sistema jurídico de unión de Estados que incluya régimen fiscal, sistema monetario y áreas de política exterior comunes implica compromisos de coordinación muy rigurosos y, para ser eficaz, requiere instancias que ejerzan la correspondiente coordinación con independencia de las instancias propias de los

¹⁴ COMMAGER, 1958: 111-116.

Estados miembros. En resumen, sólo un poder supraestatal puede mantener en vigencia real un sistema jurídico coercitivo, de las mencionadas características, sobre los Estados miembros. La ignorancia de lo anterior marcaría el destino de la Confederación.

c) Cada Estado se consideraba parte de una firme liga de amistad entre los Estados signantes para la defensa común, el aseguramiento de sus libertades y procuración del bienestar general.

La liga de amistad de carácter no jurídico probaría ser ineficiente incluso para procurar dichos fines tan modestos.

d) Los habitantes "libres" de los Estados, excepto fugitivos, vagabundos y pobres, podrían transitar libremente por todos los Estados recibiendo trato igual al de los locales en términos de privilegios e inmunidades propios de individuos libres, incluyendo libertad de comercio, obligaciones fiscales y demás restricciones generales. Con lenguaje contemporáneo hablaríamos de "trato nacional".

Es notable comprobar cómo el comercio es el área del capitalismo con mayor vocación internacional y que en mayor medida propugna por la uniformidad de los sistemas legales entre los Estados con pretensiones de sociedad económica.

e) Los Estados se reconocían mutuamente la legalidad de los expedientes, actos y actas judiciales.

f) Cada Estado obligaba a extraditar a los prófugos de la justicia de cualquier otro Estado, tratándose de delitos graves.

g) Los delegados estatales al Congreso de la Confederación se nombrarían anualmente iniciando sus sesiones el primer lunes de noviembre de cada año. No debiendo estar representado cada Estado por menos de dos delegados ni por más de siete, mismos que no deberían recibir salario alguno de la Confederación.

Desde la tradición inglesa y aún en nuestros días prevalece en los Estados Unidos la idea de una implícita lealtad y dependencia entre la entidad que paga los salarios y los funcionarios que la reciben. Prueba de ello es que, cuando se creó un Estado federal, la disposición constitucional sobre sueldos naturalmente cambió.

h) Cada Estado contaría con un voto en las decisiones.

De esta manera, la Confederación se conformaba como organismo internacional integrado por cuasi-embajadores y no como un Estado unificador de Estados.

i) Los delegados gozarían de libertad de palabra y de debate durante su actuación en el Congreso, así como de inmunidad contra arrestos durante el tiempo de su nombramiento, excepto por traición, crimen grave o rompimiento de la paz. Esta disposición es de larga prosapia inglesa.

j) Ningún Estado podría, sin el consentimiento del Congreso, enviar embajadores a países externos a la Unión ni celebrar tratados con éstos, pero implícitamente se reconocía el derecho a enviarlos con el consentimiento del Congreso.

k) Ningún Estado podría mantener buques de guerra ni ejércitos en tiempos de paz salvo los autorizados por el Congreso. Sin embargo, los Estados estarían autorizados para mantener milicias.

l) Ningún Estado podría, sin el consentimiento del Congreso, declarar la guerra a menos de sufrir una invasión.

m) Todos los gastos de defensa común o de bienestar común, autorizados por el Congreso de los Estados Unidos, se harían con fondos de la tesorería provistos por los Estados miembros en proporción al valor de la tierra en cada uno de los Estados, estimados conforme a los criterios acordados por el Congreso de la Confederación. La cobranza fiscal estaría bajo la dirección de las legislaturas estatales. Sin embargo, el sujeto deudor, tratándose de préstamos a la Confederación, sería ésta y no los Estados.

En la realidad, resultó impracticable un consenso entre los Estados miembros respecto a las bases de tributación, con lo cual la tesorería confederada se dirigió a la bancarrota con una deuda pública que creció hasta \$28'000,000 de dólares,¹⁵ sobre todo por los pagos de licenciamiento de tropas. Además, la falta de autoridades confederadas responsables del cobro fiscal y la dependencia consiguiente de las autoridades estatales imposibilitaban estructuralmente un sistema de recaudación uniforme, proporcional y efectivo.

n) El Congreso de los Estados Unidos de América sería la instancia de apelación final en disputas entre los Estados sobre sus fronteras. De manera detallada y compleja, que nos hacen pensar en los tribunales internacionales de hoy, se delineaban las normas para la formación de tribunales *ad hoc* y las reglas básicas de procedimiento. Se establecía expresamente que por ningún motivo un Estado podría ser privado de territorio alguno en beneficio de los Estados Unidos. Tratándose de controversias de límites de propiedad privada se seguiría un procedimiento semejante.

Ha sido tradición en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América su reticencia a reconocer autoridad a órganos internacionales que no estén controlados por ellos. El origen de dicha tradición creemos poder rastrearla en este celo soberano de las colonias incrementado con su independencia y que, a su vez, refleja el modelo imperial e insular de los ingleses. Asimismo, debe notarse el recelo a que la "Unión" adquiriese entidad independiente de los Estados, disponiendo de un territorio propio. Esta actitud se proyectará en las

¹⁵ TINDALL, 1989: 154.

oposiciones contra el Estado nacional o federal presentes durante la Convención Constituyente que examinamos en el apartado siguiente.

o) Las normas de aleación para las monedas, de pesas y medidas, y del servicio postal se instituyeron como atribuciones propias de los Estados Unidos de América, por su espectro de aplicación necesariamente general y uniforme.

Sin embargo, la carencia de una estructura administrativa confederada independiente y con poder coercitivo impidió la eficiencia de esta disposición.

p) El Congreso de los Estados Unidos de América nombraría un presidente del mismo, así como un "Comité de los Estados" que sesionaría durante el receso del Congreso. Igualmente, designaría los funcionarios públicos necesarios para el manejo administrativo de los asuntos de la Confederación.

En cumplimiento de la facultad mencionada en último término se instituyeron tres departamentos administrativos: de Asuntos Exteriores, de Finanzas y de Guerra. Esta fue la rudimentaria estructura administrativa con que inició su vida el incipiente poder ejecutivo nacional, sin presidente ni primer ministro.¹⁶

q) Los debates del Congreso se publicarían en un Diario mensual excepto aquellas partes cuya naturaleza exigiera secreto.

¹⁶ TINDALL, 1989: 153.

Esta concepción de la publicidad tendrá una continuidad en el carácter secreto en el que se mantuvieron posteriormente las sesiones de la Convención Constituyente en 1787. Es consistente con la noción de una élite gobernante de hombres "libres" y "los mejores" que en sucesivos momentos cruciales volveremos a contemplar; así, la toma de decisiones se producirá en función de ciertos "principios" e intereses de grupo y siempre ante la amenaza potencial de una "muchedumbre" acechante y peligrosa.

r) Por último, el quórum del Congreso para la toma de decisiones trascendentales se fijó en nueve Estados, incluyendo el caso de admisión de otros Estados dentro de la Confederación.

Enseguida formularemos algunos comentarios generales. El sistema jurídico instaurado por los Artículos de la Confederación que estuvieron en vigor de 1781 a 1787 tuvo muchas dificultades para cumplir su cometido de esquema institucional destinado a proporcionar un marco de certidumbres a los diversos factores económicos, políticos y sociales que integraban los recientemente independizados trece Estados pretensamente unidos.

Para destacar las vicisitudes del sistema jurídico de los Estados Unidos en esta época baste señalar cuatro problemas mayores que el régimen confederado no alcanzó a solucionar sino que, por el contrario, agravó aceleradamente.

Primer problema. La primer área conflictiva fue la económica, concretamente la naciente industria americana y el comercio interestatal e internacional. Si por un lado la independencia eliminaba amarras y abría el mundo al libre comercio, el mercantilismo proteccionista de las potencias europeas y la carencia de redes de comercio marítimo diversificadas e independientes estrangulaban las incipientes manufacturas y obstruían el desarrollo de la industria naviera americana.

En 1783, Inglaterra excluyó a los barcos americanos de comercio alguno con las islas británicas y prohibió importaciones de pescado y carne de los Estados Unidos admitiendo otros productos americanos pero solamente transportados por barcos ingleses. Por su parte, Francia prohibía la exportación de trigo y harina a sus islas, excepto en casos de escasez; la carne y pescado estaban gravados arancelariamente. Después de un breve florecimiento ocurrido por la Guerra de Independencia, España había prohibido el comercio de los nuevos Estados americanos con sus posesiones.¹⁷

Como una estrategia de solución se contempló la posibilidad de un mercado interno propio, pero ello requería una zona de libre comercio entre los trece nuevos Estados, promotora de la industria y el comercio para, con poca protección, competir tanto interna como externamente con los productos europeos.

¹⁷ PORTER, 1980: 55.

Sin embargo, esta sensata orientación se frustró por la incapacidad del gobierno de la Unión para amalgamar y armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materias esenciales para el comercio como eran la judicial, la fiscal interestatal, los pesos y las medidas, las comunicaciones, etc. Teóricamente, como lo vimos antes, la Confederación tenía las facultades para realizar esta tarea de homogeneización del sistema jurídico regulador del comercio entre los nacientes Estados Unidos, empero, por el excesivo recelo de los miembros de la Unión y el temor a la creación de una entidad política independiente que viniera propiamente a sustituir a la metrópoli de la que apenas se estaban independizando, dicho sistema institucional confederado fue incapaz de cumplir satisfactoriamente con su propósito.

Segundo problema. Quizá el problema económico más grave de ese momento histórico fue el monetario, que consistía en la inexistencia de un sistema de moneda de la Confederación, que sustituyera el sistema colonial supeditado a la Corona inglesa. Dicho en síntesis, la Confederación nunca pudo proveer, en la realidad, una emisión ordenada de dinero por parte de una sola fuente confederada en monto adecuado a las necesidades de las transacciones económicas, respaldada por oro e ingresos públicos presupuestados. La presión generada por la escasez de dinero para permitir el intercambio comercial, en vez de impulsar a los Estados miembros a ceder efectivamente la función de control central monetario al gobierno de la Confederación, exacerbó el localismo y de 1785 a 1786 siete Estados emitieron papel moneda. Este fenómeno lubricó momentáneamente los mecanismos de intercambio en el corto plazo, pero dio lugar a una explosión inflacionaria fácil de imaginar.

Asimismo y con el mismo efecto inflacionario, varios de los gobiernos estatales establecieron instituciones bancarias que emitían billetes de crédito (*bills of credit*) para financiar préstamos hipotecarios a fin de adquirir tierras para la explotación agropecuaria, así como también emitían bonos estatales de deuda pública para financiar el propio gasto del gobierno local. Estos billetes de crédito y los bonos circulaban equiparándose más o menos al papel moneda.

Tercer problema. Durante la operación del Congreso Continental y durante la vida de la Confederación, tanto aquél como el Congreso de ésta emitieron también bonos de deuda pública para financiar sus gastos. Sin embargo, la ineficiencia y, en algunos aspectos, la inexistencia de un marco jurídico sólido para que la entidad central pudiera contar con ingresos suficientes para restituir los bonos generó una creciente crisis de déficit fiscal y de depreciación de los propios bonos y, en consecuencia, de los capitales invertidos en ellos.

¿Qué tan importante y significativa era la deuda pública de los Estados Unidos de América? o sea, la deuda adquirida por el Congreso Continental a partir de la Guerra de Independencia, por el Congreso de la Confederación y por los propios Estados. En su informe como Secretario del Tesoro, Hamilton el 26 de enero de 1795¹⁸ la desglosa de la siguiente manera:

¹⁸ BEARD, 1953: 34.

Deuda externa	13'745,379.35
Deuda interna	<u>60'789.914.18</u>
Total	74'453,293.53 Dls.

Las emisiones estatales de papel moneda, los mencionados billetes de crédito y las leyes que alteraban los contratos de préstamo para imponer moratorias forzosas promovidas por los deudores ante las asambleas legislativas locales, eran medidas que directamente depreciaban los valores mobiliarios vía inflación, incertidumbre de recuperación y falta de rendimiento.

La deuda pública interna se cotizaba entre una décima y una vigésima parte de su valor nominal. Por tanto, el reconocimiento oficial de dicha deuda por parte del Estado federal formado por la Constitución de 1787 y la capacidad de este Estado para realmente pagarla, en virtud de su capacidad fiscal establecida en dicha Constitución significó una ganancia mínima mayor de \$60'000,000.00 Dls. por la reapreciación que obtuvieron los bonos que la representaban. Para tener una idea comparativa diremos que esta ganancia equivalía nada menos que a la octava parte del valor de todas tierras habidas en los nuevos trece Estados.¹⁹

Cuarto problema. Esta crisis económica, derivada de un sistema jurídico disfuncional, condujo a un evento histórico que habría de cambiar el rumbo en la evolución de dicho sistema. Nos referimos a la llamada Rebelión Shays que se desarrolló de la siguiente manera.

¹⁹ BEARD, 1953: 37.

En los Estados se produjo una descomposición de las finanzas públicas internas debida al conflicto entre dos fuerzas. Por un lado, los agricultores pobres cargaban con el costo de la crisis al gravárseles con impuestos para pagar las deudas de los Estados y, a la vez, al despojárseles de sus propiedades por no pagar los aludidos billetes de crédito y otras deudas contraídas por ellos con los Estados, los banqueros y los prestamistas.

Por otro lado, los propietarios del capital colocado en bonos estatales en proceso de devaluación exigían su pago como acreedores del Estado; asimismo, como miembros de las asambleas estatales, o influyentes entre éstas, ellos mismos aprobaban tributos para proveer las arcas públicas y obtener su pago, siempre que no se tratara de impuestos sobre el capital; igualmente, presionaban a los Estados para que cobraran sus billetes de crédito insolutos mediante el embargo y subasta de las propiedades de los agricultores en moratoria; por último, se oponían a que los Estados autorizaran emisiones de papel moneda para cubrir los bonos de su deuda.

En Massachusetts esta situación se presentó de forma especialmente irritante ya que los acreedores, grandes banqueros de Boston, presionaban al gobierno local para obtener el pago de las deudas que tenía con ellos mediante el incremento de sus ingresos impositivos a costa de los granjeros, principalmente, sin emitir papel moneda para evitar la inflación que disminuyera, a su vez, el valor de los créditos de los banqueros.

Esta expoliante situación derivó en un levantamiento armado de cerca de 1,200 granjeros dirigidos por el capitán Daniel Shays quienes, ante la desatención de sus demandas de alivio por parte del Congreso estatal, atacaron un arsenal militar en Springfield al principiar el año, en enero de 1787. Los rebeldes fueron rechazados por la milicia estatal en dos escaramuzas en que perecieron dos personas. Posteriormente, obtuvieron diferentes alivios por parte de la legislatura local para el año siguiente, como la reducción de derechos judiciales y la exclusión de la ropa, los artículos domésticos y las herramientas de posibilidades de embargo.

Sin embargo, este hecho, en apariencia insignificante, resultó de la mayor trascendencia para el sistema jurídicopolítico de los Estados Unidos de América, toda vez que generó, primeramente, una ola de rumores verdaderamente inquietantes entre los miembros de las familias más acomodadas económica y políticamente y, después, una reestructuración del esquema cognoscitivo de dicha clase con el cual en adelante visualizaría el mapa político de manera más preventiva.

Nada más ilustrativo que citar los comentarios suscitados en la época, antes de referirnos a los importantes efectos de la ansiedad desencadenada.²⁰ Cuenta Tindall: cundieron "historias acusando a los rebeldes de perseguir el pillaje entre los propietarios horrorizando a aquellos a los que John Jay (distinguido abogado de New York) llamaba "la mejor clase de gente". Morris, gobernador de New York dijo: "La muchedumbre comienza a pensar y razonar. ¡Pobres reptiles!".

²⁰ TINDALL, 1989: 160-161.

Abigail Adams les llamó: "Ignorantes, desesperados, sin conciencia ni principios ... turba de insurgentes que quieren minar los cimientos". George Washington se lamentó: "Probablemente hemos tenido demasiada buena opinión de la naturaleza humana al formar nuestra Confederación". El general Knox escribió a George Washington: "Los insurgentes nunca han pagado ningún o casi ningún impuesto, pero ven la debilidad del gobierno. Comparándose con los magnates sienten al mismo tiempo su propia pobreza y su propia fuerza, y están resueltos a utilizar esta última para remediar la primera. Su credo es que la propiedad privada en los Estados Unidos ha sido protegida contra las confiscaciones británicas por el esfuerzo conjunto de todos, y que por lo tanto debe ser la propiedad común de todos, y quien intente oponerse a este credo es enemigo de la equidad y de la justicia ... están dispuestos a destruir todas las deudas públicas y privadas, y a tener leyes agrarias que cumplirán fácilmente mediante el papel moneda sin respaldo que se considerará de curso legal en todos los casos."²¹

Nos hemos detenido en el análisis de la problemática más sobresaliente de la Confederación porque nos arroja luz en el examen del sistema jurídico de los Estados Unidos en cuatro vertientes:

a) Denota la necesidad, en toda unión de Estados, de un sistema jurídico firme y confiable que proporcione un marco institucional de seguridad, uniformidad y armonía, sobre todo en el área comercial,

²¹ BEARD, 1953: 57-58.

b) Destaca la necesidad de que los Estados miembros concurren a la Unión en pie de igualdad, no obstante la diversidad de poblaciones, tamaño y grado de desarrollo, para crear compromisos entre ellos cuyo cumplimiento y coercitiva aplicación no dependa de órganos jurisdiccionales locales de los Estados miembros, sino de entidades superiores con legitimidad y reconocimiento suficientes para hacer cumplir dichos compromisos,

c) Pone de manifiesto la necesidad de una política común en materia fiscal-arancelaria para intercambios internos y de la Unión ante el resto del mundo,

d) Evidencia la importancia de una política monetaria estabilizadora del crédito y de los precios, y

e) Por último, muestra los efectos disolventes en el tejido social generados por falta de un sistema jurídico de la Unión, que sea producto del consenso y apoyo de los miembros, y refleje un compromiso de ellos mismos para cohesionar la Unión con base en políticas equilibradoras y solidarias.

Es de llamar la atención que estas circunstancias sean bastante similares a las prevalecientes al final del siglo XX y notoriamente visibles en la pretendida consolidación de la Unión Europea y en los procesos de integración norteamericano, sudamericano y, quizá, del continente americano.

En conclusión, y a reserva de apreciarlo con mayor claridad cuando se contraste con el sistema jurídico federal creado en 1787 para resolver los problemas apuntados, destacaremos de momento que este sistema confederado, responsable de la Unión, carecía de facultades propias tanto en materia legislativa como ejecutiva y judicial, ya que prácticamente todas se las reservaban los Estados; las facultades cedidas a los raquíticos órganos de gobierno de la Unión carecían de eficacia jurídica ya que su aplicación coercitiva dependía de los órganos estatales, y la adopción de políticas concretas era inalcanzable por consenso en la asamblea confederada.

Conscientes de lo anterior, en las élites de las antiguas colonias cundía el convencimiento de que la crisis de la Confederación permeaba todas las áreas de la vida económica, política y social y, en consecuencia, ponía en peligro sus logros y privilegios; que la pervivencia misma de la Unión corría peligro, y, más aún, que si la crisis derivaba en caos y anarquía la independencia también estaría en entredicho. Como en todo tiempo en que afloran circunstancias similares, en la mente de los grupos dirigentes de los nuevos Estados comenzó a imponerse la idea de un gobierno salvador, fuerte, capaz de revertir la anarquía y suministrar la seguridad institucional, *conditio sine qua non* para que las transacciones económicas y la vida misma en sociedad pudieran desenvolverse sobre cauces relativamente predecibles.

A la luz de este convencimiento se comenzaron a construir consensos en el sentido apuntado. Una reunión crucial en este proceso fue la convención celebrada en Annapolis en 1786, citada para discutir problemas comerciales

interestatales. Al final de dicha convención, Alexander Hamilton propuso a los cinco delegados asistentes que, de plano, se promoviera en el seno del Congreso de la Confederación la celebración de una convención nacional para revisar y reformar el marco institucional jurídico establecido por los Artículos de la Confederación.

La propuesta fue atendida y dicho Congreso aprobó el 21 de febrero de 1787 una resolución convocando a la celebración de una Convención para revisar los "Artículos de la Confederación" que se verificaría en Philadelphia, Pennsylvania y que tendría resonancia en el mundo a través de los tiempos.

4.3.- La Convención de 1787

En el apartado anterior analizamos la problemática jurídico-institucional generada o catalizada por el imperfecto sistema jurídico de la Confederación. Bosquejemos, ahora, el escenario socioeconómico del país al momento de la Convención; luego, definamos la forma en que dicha sociedad estuvo representada en dicho foro; y finalmente, planteemos la problemática a la que se enfrentó la Convención tratando de precisar el esquema cognoscitivo prevaleciente entre los delegados y las fórmulas que se idearon para resolverla.

4.3.1.- Escenario socioeconómico del país

En ese tiempo, es factible distinguir siete grupos de interés presentes en todos los nuevos Estados. Evidentemente existían personas, sobre todo las más ricas, que se ubicaban en varios de estos grupos por poseer diversos intereses. Examinemos estos grupos tratando de responder las mencionadas cuestiones.

Primer grupo. Lo integraban agricultores pobres establecidos, sobre todo, en territorios retirados de la costa atlántica. Sus títulos de posesión frecuentemente eran precarios, ya que las tierras del Oeste se encontraban por lo general en manos de especuladores o tenían fuertes adeudos fiscales y privados.²²

Segundo grupo. Estaba compuesto por propietarios de inmuebles caros, principalmente del Valle del Río Hudson, y de grandes extensiones en la parte Oeste de los nuevos Estados. Estas personas se oponían a un Estado nacional o federal fuerte que cobrara impuestos altos a la propiedad raíz (los impuestos a rendimientos financieros no se discutían siquiera) para fortalecer la tesorería pública y pagar los bonos. Por otro lado, la ausencia de un brazo armado nacional que garantizara la tranquila posesión y disfrute de las tierras de las grandes extensiones territoriales del Oeste, mantenía seriamente depreciadas sus inversiones especulativas en dichos bienes raíces.

²² BEARD, 1953: 27-28.

Tercer grupo. Lo constituían los propietarios de valores financieros, sobre todo bonos de la deuda pública adquiridos patrióticamente en los momentos de la guerra de independencia o, posteriormente, de manos de soldados pobres que vendían a precios ínfimos los bonos con que habían sido pagados por sus servicios militares durante dicha guerra. Además, contaban con colocaciones de préstamos directos a granjeros, artesanos pobres, pequeñas industrias o a través del sistema bancario.

Este grupo juzgaban perjudicial a sus intereses al débil gobierno central de la Confederación, por tres razones, principalmente:

a) El gobierno confederado no les pagaba los intereses devengados por los capitales colocados en bonos de deuda pública debido a su incapacidad fiscal,

b) Al no rendir intereses y ser incierta su recuperación por el déficit fiscal abrumador del gobierno confederado, el precio de dichos bonos llegó a cotizarse, como ya dijimos entre una décima y una vigésima parte de su valor, y

c) El poder confederado carecía de facultades eficacias para impedir que los Estados emitieran papel moneda con el consiguiente efecto inflacionario que depreciaba, aún más, el valor real representado por los bonos.

Cuarto grupo. En él estaban comprendidos comerciantes, tanto de mercado interno como exportadores, dueños de talleres industriales, de astilleros y de empresas navieras (en especial de Baltimore, New York y Boston).

La ausencia de medidas nacionales de carácter proteccionista condenaba a la inanición o al rezago a la industria americana, inerte frente a leyes de navegación de otros países, discriminatorias en perjuicio de las mercancías y de los transportes marítimos de los nuevos Estados. El periódico "Connecticut Courant", de 12 de noviembre de 1787, decía: "En el puerto de New York hay hoy sesenta barcos, de los que cincuenta y cinco son británicos. La cosecha de South Carolina se embarcó en 170 barcos, de los que 150 eran británicos... Sin duda no habrá un norteamericano interesado en su país que no sienta la inmediata necesidad de un gobierno federal eficaz".²³

En una carta escrita en Philadelphia en 1787 se puede leer: "Las compañías industriales y mercantiles suspenden la fabricación o su tráfico, hasta que vean hasta qué punto será protegido o fomentado el comercio con una reglamentación nacional".²⁴

James Madison encontraba "un espíritu de localidad rampante en las legislaturas de los Estados que estaba destruyendo los intereses agregados de la comunidad". Tindall cita a conservadores afirmando: "Hombres de origen humilde y parroquiales intereses estaban desplazando a los 'sabios y virtuosos' de los sitios del poder."²⁵

²³ BEARD, 1953: 46.

²⁴ BEARD, 1953: 52.

²⁵ TINDALL, 1989: 162.

Quinto grupo. Lo componían propietarios de vastas plantaciones en el Sur y de gran número de esclavos. Como los ricos propietarios del Norte, también se oponían a la imposición de gravámenes fiscales a sus bienes inmuebles para pagar la deuda pública. Adicionalmente, se oponían a los impuestos *per capita* que tomaran como base al número de esclavos y no sólo a la gente libre.

Por otro concepto, estos propietarios eran perceptivos de los riesgos de sublevaciones de esclavos y, por ende, veían con buenos ojos la creación de un Estado nacional poderoso que pudiera acudir con su ejército al rescate de propietarios víctimas de levantamientos esclavos de significativas proporciones.

En el segundo, tercero y cuarto grupos, se encontraban con frecuencia las mismas personas que, a su vez, integraban la élite económica y gobernante de los nuevos Estados y, antes de éstos, de las colonias. Esta combinación de diversos tipos de propiedades generaba, aparentemente, intereses contrapuestos, sobre todo con respecto a la gravación de fuertes impuestos sobre la propiedad raíz aplicados por un eficaz Estado nacional para contar con fondos públicos y, así, poder cubrir la deuda pública. A la postre dichos intereses resultaron servidos apropiadamente, toda vez que las propiedades inmuebles subieron considerablemente de valor al revertirse las presiones inflacionarias y contar con un Estado nacional fuerte capaz de asegurar el uso y goce de las propiedades del Oeste. Parece ser que esta visión era propia de los detentadores de valores mobiliarios que fueron quienes prevalecieron al diseñar el nuevo sistema jurídico. Así tenemos que, por ejemplo, la mayor parte de los delegados de los Estados del

Sur a la Convención de Philadelphia en 1787 provenían de las ciudades o detentaban importantes valores inmobiliarios.²⁶

Sexto grupo. Los oficiales del ejército habían formado un agrupación llamada "Sociedad de los Cincinatos" cuya organización tenía células en todos los nuevos Estados. Estos militares, no tan pobres como los soldados rasos, habían podido conservar los bonos con que fueron pagados sus servicios durante la Guerra de Independencia y, además, habían adquirido bonos malbaratados por los soldados pobres.

Si bien este grupo no detentaba en su conjunto tantos valores públicos como los del tercer grupo antes mencionado, sí contaba con una gran organización y disciplina que los constituía en fuerza política de cuidado. Uno de los convencionistas de Philadelphia, Elbridge Gerry de Massachusetts, al oponerse a la elección presidencial directa decía: "La ignorancia del pueblo podría hacer que un grupo de hombres, dispersos al través de la Unión pero actuando de concierto, los induzca a elegir cualquier candidato. Ese grupo de hombres existe en la orden de los Cincinatos".²⁷

Séptimo grupo. Lo integraban todos aquellos que no tenían derecho a intervenir en los asuntos políticos para decidir u opinar sobre el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, o que no contaban con la fortuna exigida por las constituciones y leyes para poder votar, a saber: los esclavos, los sirvientes

²⁶ BEARD, 1953: 30.

²⁷ BEARD, 1953: 39.

contratados (*indentured servant*), las mujeres²⁸ y la llamada "muchedumbre" constituida por los trabajadores y desempleados.

4.3.2.- Composición de la Convención

Veamos ahora cómo estos grupos de interés fueron representados en la Convención forjadora del nuevo sistema jurídico y cuáles fueron los intereses más tutelados en el diseño del modelo de país personificado en dicho sistema.

Los asistentes a la Convención de Philadelphia, llamados Padres Fundadores (*Founding Fathers*), reunidos para crear el sistema jurídico federal de los Estados Unidos de América, representaban intereses económicos bien definidos que ellos mismos consideraban como "fuerzas actuantes en la política y en la redacción de leyes y constituciones". De ello mismo se podía inferir que "el conflicto por la Carta Magna provenía esencialmente de la contraposición de intereses económicos, aparejados con cierta distribución geográfica o de grupos".²⁹

Existen registros de los intereses económicos de cada uno de los convencionistas de Philadelphia recogidos por el distinguido historiador Charles A.

²⁸ De ninguna manera las mujeres se dedicaban solamente a las labores del hogar. Hamilton decía: "La demanda de brazos estimulada por la existencia de fábricas vecinas, hará que el mismo labrador encuentre una nueva fuente de entradas por el trabajo de su mujer y de sus hijas."

²⁹ BEARD, 1953: XVI-XVII.

Beard³⁰, de los cuales vamos a espigar referencias de algunos de los más conocidos personajes de la historia americana. De ninguna manera consideramos esta referencia como anecdótica sino como una necesaria y seria documentación de los intereses personales en juego de quienes configuraron la Constitución de los Estados Unidos de América. De otra manera, nuestro intento de captar los caracteres esenciales de la gestación del Estado nacional de este país carecería de un importante elemento de concreción histórica.

John Blair de Virginia. Llegó a ser juez de la Suprema Corte de su Estado. En marzo de 1791 presentó para su registro 577 libras esterlinas en bonos de Virginia de los cuales había invertido 249 libras en 1782 y el resto lo había obtenido en especulaciones en el mercado secundario.

William Blount de North Carolina. Especulador de tierras, fue nombrado por Washington, en 1790, gobernador del Territorio del Sur de Ohio.

David Brearley de New Jersey. Poseía 1,600 acres en Newton, una plantación de cien acres sobre el río Delaware y varios miles de acres de Lawrenceville. Fue presidente del Tribunal de New Jersey y Juez Federal.

Pierce Butler de South Carolina. Tenía muchos esclavos y poseía también valores mobiliarios pues fue accionista y director del primer Banco de los Estados Unidos.

³⁰ BEARD, 1953: CAP. V.

George Clymer de Pennsylvania. Era constructor de barcos en Philadelphia. Ayudó a crear en 1780 el Banco de Pennsylvania, suscribiéndose con 5,000 libras de acciones. Fue uno de los directores del Banco de Norteamérica y más tarde presidente del de Philadelphia.

Wm. R. Davie de North Carolina. Redactó todos los testamentos que fueron hechos en su tiempo en aquella parte del país.

Jonathan Dayton de New Jersey. Fue socio y agente de John Cleves Symmes en la compra de una enorme porción de tierras en Ohio, en 1787. Symmes y sus socios pagaron al Tesoro 182,198 dólares, una séptima parte en derechos militares y el resto en títulos de los Estados Unidos, de lo que resulta evidente su empeño por comprar bonos militares y títulos devaluados del gobierno, más o menos en los momentos en que se reunía la Convención.

Benjamín Franklin, de Pennsylvania, acumuló una fortuna considerable para su tiempo; más o menos 150,000 dólares. Invirtió en especulaciones de tierras y poseyó bonos de la deuda pública por lo menos con valor de 3,000 libras. En febrero de 1788 escribía: "En la actualidad el valor de tales títulos ha bajado, pero creemos y confiamos en que repuntará cuando rijan la nueva Constitución".

Alexander Hamilton de New York. Como fue el principal promotor de la decisión de consolidar la deuda pública por parte del nuevo Estado nacional y, además, fungió como Secretario del Tesoro durante el período presidencial de Washington en que se hicieron todos los trabajos de asunción de dicha deuda, no

se tiene registro de operaciones especulativas directas de Hamilton. Sin embargo, se le atribuye haber comunicado sus planes para el rescate de la deuda pública, a uno de los principales financieros de Philadelphia, socio de Robert Morris y corredor de papeles públicos, antes que se publicara en el primer informe de la Cámara sobre el crédito público el 9 de enero de 1790. Existe, asimismo, el dato de que un cuñado de Hamilton, J.B. Church, fue un fuerte tenedor de ellos durante el ministerio de aquél en el Tesoro. Uno de los asientos le acredita valores por 28,187.91 dólares. Por otro concepto, mientras fue Ministro del Tesoro, Hamilton compró y vendió valores para su cuñado por medio de sus agentes Thomas Willing en Philadelphia y William Seton en New York. Por último, en los "Manuscritos" del mencionado ministro y convencionista hay una carta de William Seton a él, fechada el 24 de agosto de 1792, relativa a la compra de 45,000 acres de terreno.

Rufus King, de Massachusetts. En 1788 Robert y Gouverneur Morris habían proyectado asociar un cierto número de norteamericanos para comprar, al menos una parte de la deuda de los Estados Unidos con Francia. Los iniciadores de este proyecto nombraron a Rufus King como Ministro de Holanda para que ayudase a desenvolver el plan.

George Mason de Virginia. Era accionista de la Ohio Company. Obtuvo una merced de 600,000 acres de tierra, casi todas situadas al Oeste de las montañas y al Sur del río Ohio. Proyectó dejar a sus hijos quince mil acres de las mejores tierras de la zona del Potomac. Tenía 60,000 de los mejores acres en Kentucky, además de 300 esclavos y de más de 50,000 dólares en otras propiedades

muebles y, por lo menos, 30,000 dólares de créditos por préstamos asentados en sus libros.

Robert Morris de Pennsylvania. Especuló con lotes urbanos en Washington, en cuanto supo que allí se iba a fundar la capital. Junto con su socio, Thomas Willing, intervino decisivamente en la creación del Banco de Norteamérica en Philadelphia, siendo Willing su primer presidente y el director Thomas Fitzsimons, su socio en especulaciones de terrenos. Poseía todos los tipos de bonos continentales, sus operaciones ascendían a decenas de miles de dólares. Nadie de su tiempo tuvo intereses tan difundidos, ni vinculó a sus asuntos personales tanto con hombres eminentes, como Hamilton, John Marshall, Thomas Fitzsimons, Thomas Willing, Gouverneur Morris, John Langdon y Robert Clymer, todos estrechamente vinculados al nuevo sistema de gobierno.

George Washington de Virginia. Era probablemente el hombre más rico de los Estados Unidos en su época y ninguno de sus conciudadanos le sobrepujaba en habilidad financiera. Además de su gran propiedad sobre el Potomac, poseía un considerable monto de capital disponible que invirtió acertadamente en tierras del Oeste, de las que podía esperarse de manera razonable una importante valorización si un gobierno estable avanzaba la frontera. Poseía en Virginia incluyendo enormes tenencias de tierras sobre el Ohio y el Great Kenhawa, más de 35,000 acres valuados en 200,000 dólares; en Maryland 1,119 acres que valían 9,828 dólares; en Pennsylvania 234 acres, 1404 dólares; en New York unos mil acres, 6,000 dólares; en el territorio del Noroeste 3,051 acres, 15,255 dólares; en Kentucky 5,000 acres, 10,000 dólares; propiedades en Washington por 19,132

dólares; en Alexandria por 4,000; en Winchester por 400 y en Bath por 800; 6,246 dólares de papeles públicos de Estados Unidos; acciones de la Potomac Co. por 10,666 dólares; 500 dólares en acciones de la James River Co.; 6,800 de acciones del Banco de Columbia y 1,000 en el de Alexandria. Su ganado lo estimaba en 15,653 dólares y el monto de su acervo, estimado con prudencia, representaba un total de 530,000 dólares.

Hugh Williamson de North Carolina. Este convencionista escribía a Madison: "... teniendo derecho a una considerable cantidad de tierras en el Oeste, estoy completamente persuadido de que el valor de ellas acrecerá si existe un gobierno federal eficaz".

Contemplemos ahora algunos datos agregados que nos proporciona el mencionado historiador Charles A. Beard³¹ y que proyectan una visión panorámica del contingente de la Convención de Philadelphia.

a) De los 56 firmantes de la Constitución 25 eran abogados.

b) La mayoría provenía de ciudades de la franja costera atlántica, o sea, de las zonas donde estaba principalmente concentrada la propiedad inmobiliaria cara y la mobiliaria financiera.

³¹ BEARD, 1953: 145-147.

c) Por lo menos cinco sextos de ellos estaban, de manera directa, inmediata y personal, interesados en el resultado de su labor en Philadelphia y se beneficiaron con la Constitución en mayor o menor grado.

d) De los 55 miembros que asistieron a las sesiones, no menos de 40 registraron créditos de deuda pública en los archivos del Departamento del Tesoro con sumas que varían desde unos pocos dólares a más de cien mil.

e) Al menos catorce miembros representaban valores invertidos en tierras de especulación, entre los más conocidos estaban George Washington, Benjamín Franklin, Robert Morris, James Wilson y Hugh Williamson.

f) El dinero prestado e interés lo representaban no menos de 24 miembros.

g) Once miembros representaban intereses mercantiles, manufactureros o navieros.

h) Las inversiones en esclavos tenían por lo menos quince representantes.

Igualmente, hemos considerado enriquecedor para nuestra investigación el documentar los criterios que algunas Constituciones de la época establecían para definir el perfil de los legisladores y de los sufragantes y que fueron compilados por el mencionado historiador Charles Beard. Dichos criterios mínimos eran los siguientes.

New Hampshire. Un senador debía ser de religión protestante y poseer tierras por valor de 200 libras. Un miembro de la Cámara baja debería ser propietario de tierras por 100 libras.

Massachusetts. Sólo podían aspirar a ser senadores aquellos poseedores de tierras por 300 libras o bienes muebles por 600 libras. Los diputado deberían ser poseedores de inmuebles por valor de 100 libras.

Connecticut. El sufragio quedaba restringido a los poseedores de bienes reales o mobiliarios de un cierto valor.

Rhode Island. El sufragio se limitaba a los poseedores de bienes reales o mobiliarios de un cierto valor.

New York. Senador podía serlo sólo un propietario de inmuebles, siempre que fuera elegido por otros propietarios de inmuebles por valor de 100 libras. En esta época y lugar no había más que 1,209 propietarios de inmuebles que estuviesen valuados en más de 100 libras y sólo 1,221 propietarios de más de 20 libras.

New Jersey. Los miembros del Consejo debían poseer bienes raíces por valor de 1000 libras. Los integrantes de la Asamblea General debían poseer por lo menos la mitad de esa cantidad.

Delaware. Los miembros de ambas ramas de la legislatura tenían que ser propietarios de 50 acres de tierra con valor de 40 libras el metro legal.

Virginia. Eran admitidos al sufragio los poseedores de 25 acres de tierra con mejoras o 50 acres sin cultivo.

North Carolina. La senaduría era accesible para quien tuviera 300 acres en propiedad. Para ser miembro de la Cámara baja el requisito era la propiedad de 100 acres de terreno.

South Carolina. Sólo podía ser senador un poseedor de bienes raíces por valor de 2,000 libras corrientes.

Georgia. Los miembros de la Cámara debían ser protestantes y poseer 250 acres de tierra.³²

4.3.3.- Problemática planteada a la Convención y fórmulas de solución

¿Cuál era la problemática esencial en la Convención de 1787 y cuáles eran los esquemas cognoscitivos dominantes entre los convencionistas y qué fórmulas idearon para resolverla?

³² BEARD, 1953, 64-69.

En cuanto a los esquemas cognoscitivos, *grosso modo* podemos decir que ambos grupos, los "federalistas" y los *whigs*, en que podemos dividir a los delegados a la Convención de Philadelphia, coincidían en que la situación de la Confederación era insostenible y muy amenazante por lo que un Estado nacional era menester, siendo sus divergencias más de grado que de esencia.

Esta relativa unidad de propósitos y de principios, y, en el fondo, de intereses básicos de los delegados estatales a la Convención queda demostrada si se considera la asombrosa brevedad en la que se alcanzaron los consensos, ya que las sesiones se iniciaron el 25 de mayo de 1787 y se concluyeron el 17 de septiembre del mismo año, firmando 39 delegados una nueva Constitución de 7 artículos tan eficaz que ha subsistido hasta nuestros días con sólo 27 enmiendas.

En esencia, el verdadero reto que se les planteaba a los delegados era cómo lograr un sistema jurídico que a) armonizara la necesidad de unión mediante instituciones propias de un eficaz estado nacional, con las necesarias para conservar y precaver la identidad y espacio interior propio de los Estados miembros, b) tradujera el sistema institucional inglés de equilibrio y límites entre los diversos poderes eliminando la institución real y la nobleza, y c) conservara el sistema capitalista liberal no obstante la desigualdad social, evitando que la mayoría, siempre en condiciones materiales más desfavorables que la minoría, intentara imponer un orden jurídico en el cual las ventajas de la minoría desaparecieran.

En cuanto al diseño del Estado nacional, la problemática se percibía de forma diferente por cada uno de los mencionados grupos, "federalistas" y *whigs*. Los primeros propugnaban por la creación de un Estado nacional poderoso que se equiparase al poder de los Estados miembros e impulsase la unión, la libertad, protegiese la propiedad de los hombres libres y sentase las bases firmes de paz para que buscaran su bienestar en los términos ya apuntados.

Los segundos, por el contrario, guardaba recelo y escepticismo respecto a tan poderoso Estado nacional por el temor de construir un *Leviathan* que sojuzgara a los Estados miembros y a sus pueblos, como hasta fechas muy recientes lo había estado tratando de hacer Inglaterra con las colonias americanas.

El resultado final de la Convención favorecería a los "federalistas" y ello se debió en buena medida al genio y sensibilidad de Alexander Hamilton quien vio más penetrantemente el exacto carácter de los grupos sociales que debían ser atraídos hacia el modelo de firme Estado nacional. Al percatarse de que los acreedores, los financieros, los banqueros y los prestamistas, estaban concentrados en las ciudades y de que sus intereses estarían mejor tutelados por un Estado nacional que reconociera la deuda pública enfocó sus baterías políticas de persuasión sobre ellos. Otro grupo de interés que Hamilton acertadamente calificó de fácilmente organizable en torno al Estado nacional fue el de los comerciantes e industriales que aspiraban a tarifas proteccionistas. El tercer interés que Hamilton afilió en pro del Estado nacional lo componían los empresarios y especuladores de terrenos para quienes un Estado fuerte

garantizaría la seguridad jurídica a la posesión, condición indispensable para la valorización de sus extensiones de tierra en el Occidente. Sin la adhesión y apoyo positivo de estos poderosos elementos de la sociedad norteamericana, el nuevo gobierno no podría haberse fundado ni habría persistido.³³

Por lo que hace a la definición de los valores por encumbrar y defender constitucionalmente, los convencionistas cimentaban su concepción axiológica en dos pilares, uno sustantivo y otro adjetivo. Primero, la propiedad privada y la libertad deberían estatuirse como derechos esenciales y básicos en que la sociedad capitalista se sustentaba. Por lo que un Estado nacional, distante de compromisos electorales parroquiales habría de refrenar las tendencias locales de los Estados en el sentido de dictar normas que afectaran los aludidos derechos, como había ocurrido durante la Confederación respecto a deudas y contratos. Segundo, no era la democracia sino una forma de gobierno mixta la que podría

³³ El comercio político que se desarrolló durante la Convención no fue sino el preludio del estilo de trabajo legislativo que privaría en el nuevo sistema jurídico si debemos creerle a la carta de julio de 1791 que James Madison escribió a Jefferson: "las suscripciones (para el banco) son por consiguiente mera arrebatifa por el botín del erario, que será aumentado por aquellos que recogieron su parte en el saqueo a particulares... También resulta claramente la proporción en que la deuda pública está distribuida en el país: qué manos la dominan y por qué gente será gobernado el pueblo de los Estados Unidos. Y es la más vergonzosa característica de este negocio ver los miembros de la Legislatura que más activamente ayudaron a la tramoya, agarrar ostensiblemente sus ganancias." Debe recordarse que Madison, decepcionado del desarrollo práctico del nuevo Estado nacional en manos de "federalistas" se refugió en la oposición jeffersoniana. BEARD, 1953: 123.

garantizar debidamente los mencionados valores eliminando el peligro de la "tiranía de las mayorías".

Evidentemente, estas concepciones liberales y pragmáticas eran tributarias del empirismo inglés que, a la sazón, establecía los rieles filosóficos sobre los que correría, en unos años más, la locomotora de la revolución industrial desencadenada en Inglaterra.³⁴

Así pues, los problemas capitales de la Convención fueron los siguientes.

Primer problema, ¿cómo equilibrar y conciliar intereses, ordinariamente en colisión, entre propietarios ricos y pobres; entre propietarios con dimensión local, regional, nacional o internacional; entre propietarios fabriles, financieros, comerciales, agrícolas, etcétera, mediante un nuevo sistema jurídico firme, estable y con legitimidad popular, que garantizara la reproducción y desarrollo del sistema social en su integridad?

³⁴ Paralelamente, la Ilustración francesa construía un monumento a la democracia a través de la Gran Revolución, si bien es cierto que, desafortunadamente, terminó en sangre y derrota. No obstante, dicha Ilustración impulsó la tradición popular que, en trasmutación dialéctica, reaparecería en el socialismo europeo. Pero es atingente notar que, debido a su aislamiento geográfico y también político, la apuntada corriente inglesa pudo transitar y desarrollarse sin grandes dificultades en los Estados Unidos de América, con los beneficios y costos conocidos.

Este problema de equilibrar y conciliar dichos intereses era tanto más agudo si se considera que, en los Estados Unidos de América, como en toda sociedad capitalista, la pirámide social expresaba una relación inversa entre población y acumulación de capital, por lo que el número de los propietarios menos favorecidos sobrepasaba al de los magnates. En consecuencia, el predominio de los primeros en un órgano legislativo era más que probable y su consolidación aumentaría en la medida en que unieran fuerzas los intereses locales.

No obstante las dificultades apuntadas, el partido "federalista", decidido a impulsar la unión bajo un Estado nacional, ideó varios remedios que configurarían el nuevo sistema jurídico-político de los Estados Unidos de América, a saber:

a) Coexistencia de dos niveles básicos de gobierno, uno nacional y otro local. De esta suerte, los asuntos benéficos para el desarrollo capitalista regional o integral del país se ventilarían y resolverían en foros y por autoridades alejadas de compromisos y presiones parroquiales, reservándose para la competencia del gobierno local aquellas áreas en las que se pudiera garantizar la conservación y promoción de los intereses locales dentro de sus circunscripciones territoriales,

b) Innovación de la institución presidencial que habría de desempeñar la función de coordinación y conciliación de las diversas fuerzas políticas relevantes, reminiscencia de la función real, sólo que ahora provista del apoyo y legitimidad del voto popular debidamente distanciado, afinado y tamizado por un sistema de elección indirecta con posibilidades de reelección,

c) Orogamiento al presidente del tradicional derecho de veto con el cual estaría en condiciones de desactivar el ímpetu de proyectos legislativos súbitos o desintegradores,

d) División de la legislatura en ramas diferentes lo menos relacionadas entre sí y, sobre todo, con diversos sistemas de elección. Así, la Cámara de Representantes podría ser elegida por el pueblo, mientras que el Senado lo sería por las legislaturas estatales que, a su vez, estaban constituidas por voto calificado por la riqueza,

e) Estabilización de la línea de gobierno conservadora mediante el establecimiento de períodos más largos para senadores que para diputados, mecanismos de renovación total de diputados y parcial de senadores, así como la posibilidad de reelección de ambos,

f) Aseguramiento de la conservación del sistema jurídico-político fundamental mediante dos llaves, una consistía en un mecanismo complejo y difícil para modificar la Constitución nacional y, la otra, estribaba en un sistema judicial nacional presidido por un minúsculo y selectísimo grupo vitalicio, propuesto por el presidente y aprobado sólo por el Senado, el cual tendría la facultad suprema de interpretar la Constitución nacional y, por ende, de dejar sin efecto, absolutamente, los actos y decisiones del presidente, de los gobernadores estatales, de las legislaturas y judicaturas tanto nacionales como locales.

Segundo problema. ¿Cómo desactivar la fuerza de la mayoría de los desheredados que podría pugnar por la igualdad económica, en perjuicio de los propietarios, en un régimen popular y democrático?

Una de las ideas básicas de la ideología de los convencionistas de Philadelphia, fundamental en el sistema jurídico del capitalismo, fue que la "diversidad en las facultades del hombre, donde se origina el derecho de propiedad, es un obstáculo insuperable a la unanimidad de los intereses. (siendo) El primer objeto del gobierno ... la protección de esas facultades." o sea, de la propiedad privada.³⁵

Para los convencionistas la construcción del nuevo sistema jurídico-político pasaba por la magna tarea de "poner el bien público y los derechos privados a salvo ... y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular".³⁶

Precisemos el significado de los tres conceptos contenidos en el postulado anterior. En nuestra opinión, por "bien público" entendían los convencionistas la viabilidad del sistema capitalista que en esencia tiende a la acumulación del capital generando necesariamente desigualdades; por "derechos privados", los derechos de los propietarios, o sea, los relativos a la acumulación capitalista; y por "espíritu y forma de gobierno popular" una fórmula institucional que promoviera la participación del mayor número de ciudadanos en el quehacer

³⁵ FEDERALISTA, 1957: 37.

³⁶ FEDERALISTA, 1957: 37.

jurídico-político sin que ello implicase peligro esencial para el sistema capitalista, considerando todas sus contradicciones.

Con toda franqueza, Madison reconoció que una democracia pura, entendiéndose por ella una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no podría evitar los peligros de una facción mayoritaria. Para él no era la democracia pura sino la "república" la solución a la problemática apuntada, comprendida como un sistema de representación, ya que las "dos grandes diferencias entre una democracia y una república eran las siguientes: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio."³⁷

Para captar el cabal sentido de este concepto de "representación" deben considerarse, en primer lugar, los criterios de discriminación implícitos en los requisitos, arriba pormenorizados, que las leyes locales establecían para acceder a puestos de representación "popular" y, en segundo lugar, la idea, que ya antes habíamos encontrado, de que la "opinión pública" se afinaba y ampliaba si se pasaba por "el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos", mejor si se trataba de ciudadanos ricos.³⁸

³⁷ FEDERALISTA, 1957: 39.

³⁸ FEDERALISTA, 1957: 39.

Tal vez nadie haya conceptualizado el problema y la solución más certeramente que Madison cuando advirtió: "Si contemplamos fríamente el asunto, los propietarios del país serán los más seguros depositarios de la libertad republicana. En el futuro, una gran mayoría del pueblo estará no sólo sin tierras sino también sin ninguna suerte de propiedad. Y entonces se unirá bajo la influencia de una situación común, en cuyo caso los derechos de propiedad y las libertades públicas no reposarán seguras en sus manos".³⁹

Tercer problema. ¿Cómo mantener la unión entre Estados en los que la esclavitud era el modo de producción dominante y aquellos que basaban su economía en la industria manufacturera y naviera, en las finanzas y en la especulación de valores mobiliarios?

En ningún momento durante la Convención se dudó acerca de la inclusión de la esclavitud como una más de las instituciones jurídicas básicas del nuevo sistema jurídico de los Estados Unidos de América. Lo único que se discutió⁴⁰ fue el criterio aritmético conforme al cual los esclavos habrían de tomarse en cuenta para los cálculos determinantes, por un lado, del número de representantes federales que cada Estado podría enviar al Congreso de la Unión y, por otro lado, de la carga fiscal correspondiente a cada Estado.

³⁹ BEARD, 1953: 25.

⁴⁰ Hubo otras discusiones menos abiertas, sobre este tema a las que nos referiremos más adelante.

Ante un tema tan delicado como es la esclavitud, lo mejor será citar algunos párrafos atribuidos a Hamilton o a Madison (sin que se haya podido precisar con exactitud quién los escribió) en los cuales su autor publicó, con ánimo de persuadir al público, los conceptos que los "federalistas" sostenían sobre la atingencia de considerar a cada esclavo como tres quintos de un hombre libre, para efectos de computar el número de representantes de cada Estado y, al mismo tiempo, la carga fiscal correspondiente en favor de la tesorería del Estado nacional, ya que los impuestos directos federales se distribuirían entre los Estados de acuerdo con su población.

Debe aclararse que en la Convención, el incluir a los esclavos habitantes de cada Estado en algún porcentaje, para calcular el número de representantes federales a que tenía derecho tal Estado, nunca conllevó la idea de que podría implicar el otorgamiento de derecho electoral alguno para los esclavos. Los representantes, en el número que resultara, serían elegidos con arreglo a las leyes electorales locales, aunque fueran a ser miembros de un cuerpo legislativo federal. Es más, una exigencia radical de los Estados miembros fue la de que conservar, cada uno, su particular sistema electoral, por lo que no habría lugar a leyes electorales federales.

He aquí, pues, algunos conceptos sobre este tópico publicados y compilados en El Federalista: "... nuestras leyes los consideran (a los esclavos) en algunos casos como personas y en otros como propiedades. Al tener que trabajar no para sí mismo sino para un amo, al poder ser vendido por un amo a otro y al estar siempre expuesto a que se coarte su libertad y a recibir castigos corporales,

según el capricho de otro hombre, el esclavo puede parecer inferior a la categoría humana y clasificarse entre aquellos animales irracionales a los que se aplica la denominación legal de bienes. Pero por otra parte, al estar protegido en su vida y en sus miembros contra la violencia ajena, inclusive la del dueño de su trabajo y su libertad, y al ser susceptible de castigo por toda violencia que cometa con otros, no es menos evidente que el esclavo está considerado por la ley como miembro de la sociedad y no como parte del mundo irracional, como persona moral y no como un simple artículo de propiedad. La Constitución federal decide, por lo tanto, muy oportunamente, el caso de nuestros esclavos, al considerarlos con el carácter mixto de personas y de propiedades...⁴¹

"... ¿Habría sido imparcial o consecuente la convención, rechazando a los esclavos de las listas de habitantes al calcular las participaciones representativas e insertándolos en cambio al examinar las tarifas tributarias? ¿Podía esperarse razonablemente que los Estados del Sur dieran su consentimiento para un sistema que consideraba a sus esclavos como hombres hasta cierto punto con el objeto de imponerles una carga, pero se negaba a tratarlos en la misma forma cuando era el caso de conferir ventajas?...⁴²

Cuarto problema. ¿Cómo conciliar y ajustar los disímboles intereses y variadas concepciones teóricas y prácticas en materia de derechos humanos dentro del nuevo sistema jurídico-político de los Estados Unidos de América?

⁴¹ FEDERALISTA, 1957: 232.

⁴² FEDERALISTA, 1957: 232-233.

Veamos, primero, cuál era el escenario que constituía el entorno de la Convención de Philadelphia.

El 12 de junio de 1776, tan sólo dos días después de que el Congreso Continental designara la comisión que habría de redactar la Declaración de Independencia, el flamante Estado de Virginia promulgó la primer Declaración de Derechos del Hombre del sistema jurídico independiente en formación. Su principal ideólogo y autor fue George Mason.

En virtud de que esta Declaración constituyó, sin duda, un referente obligado para la Convención de Philadelphia, extraigamos de ella sus principales postulados, a saber:

a) Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen derechos inherentes e indespojables, como el derecho a gozar de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedades y perseguir la felicidad y la seguridad,

b) Todo poder público deriva del pueblo y es instituido para su común beneficio, protección y seguridad. Los magistrados son delegados y servidores del propio pueblo y éste tiene el inalienable y no anulable derecho para reformar, alterar o abolir el gobierno cuando éste sea inadecuado o contrario a dichos propósitos,

c) Debe haber separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, debiendo haber frecuentes elecciones para los dos primeros,

d) Todos los hombres que tengan evidencia de permanente interés común y compromiso con la comunidad tendrán derecho a sufragar, y no podrán ser privados de sus propiedades ni gravados con tributos sin su consentimiento o el de sus representantes,

e) En toda causa criminal, el acusado tiene derecho a conocer de qué se le acusa, a ser confrontado con acusadores y testigos, a ser sujeto a tribunal y jurado imparcial integrado por sus vecinos, y

f) Quedan prohibidas las excesivas fianzas y multas, así como las penas inusuales.

Grande fue el ímpetu que cobró en los nuevos Estados la decisión de promulgar declaraciones similares. La Constitución de Massachusetts de 1778, por ejemplo, fue rechazada al ser sometida a la aprobación de los ciudadanos por no contener una Declaración de Derechos del Hombre; en consecuencia, dos años más tarde se promulgaba dicha Declaración.

Analizar todas las Declaraciones del período nos llevaría fuera de nuestro objeto de investigación, sin embargo, debemos hacer notar dos diferencias importantes en la Declaración de Massachusetts.

a) El derecho conocido como de oposición a la tiranía se redacta de suerte tal que se prevea el derecho del pueblo para instituir el gobierno, reformarlo, alterarlo o totalmente cambiarlo, pero no se menciona la palabra "abolirlo", y

b) Se declara el derecho del pueblo para dar instrucciones a sus representantes, con lo cual se reducía la mediatización implicada en el sistema republicano de representación, al cual más arriba nos hemos referido.

Aunque nos hemos referido en particular a las Declaraciones de Virginia y de Massachusetts, sin embargo, como ya dijimos, el deseo popular de contar con tal tipo de Declaraciones y Constituciones hizo que doce Estados tuvieran Constituciones escritas y ocho de ellos específicas Declaraciones de Derechos del Hombre, aun antes de que la Constitución Federal y las primeras diez enmiendas o *Bill of Rights* de la misma se hubieran redactado.⁴³

¿Cómo entender, en estas condiciones, que la Convención de Philadelphia haya redactado una Constitución para el Estado nacional sin Declaración de Derechos del Hombre?

Hay autores, como James W. Ely, Jr. y David J. Bodenhamer,⁴⁴ que opinan que los Convencionistas omitieron dicha Declaración por juzgar innecesario introducir restricciones a un gobierno federal de limitados poderes y por

⁴³ SCHWARTZ, 1974: 41.

⁴⁴ BODENHAMER, 1993: vii.

considerar que las Declaraciones de Derechos del Hombre estatales ofrecían adecuada protección a los individuos.

Por su parte, Daniel T. Rodgers,⁴⁵ atribuye la omisión a una especie de escepticismo de los *Founding Fathers* respecto a la eficacia de dichas Declaraciones. Refiere, en apoyo de su opinión, que, cuando Jefferson le escribió desde Francia a Madison que una Declaración de Derechos era lo que todo pueblo había menester contra todo gobierno en la tierra, éste le respondió que barreras de "pergamino" como la Declaración de Derechos Humanos de Virginia raramente habían hecho gran diferencia. Por supuesto que a Madison no le faltaba razón, si se considera que justamente Virginia era un de los Estados más esclavistas. Sin embargo, dicho escepticismo, de haber sido cabal, lo habría llevado, en consecuencia, a no oponerse a una medida juzgada completamente inocua.

En nuestro concepto, la omisión fue parte de una inteligente estrategia de los "federalistas" durante la Convención de Philadelphia, consistente en eliminar temas que pudieran levantar fuertes oposiciones por parte de los *whigs*, defensores de los derechos de los Estados, o que implicasen la introducción de conceptos indeseables en el texto de la Constitución. Respecto al tópico de los Derechos Humanos, indudablemente espinoso, los "federalistas" habían obrado cuidadosamente en la redacción del documento constitucional para eludir el término "derechos" empleando otros como "inmunidades" y "privilegios".

⁴⁵ BODENHAMER, 1993: 3.

¿Cuáles eran los temores o cautelas que inquietaban a los "federalistas" y no menos a los *whigs*? Para nosotros, eran fundamentalmente tres. En primer lugar, ambos grupos consideraban muy difícil evitar críticas a una Declaración de Derechos Humanos que quedara muy atrás de los "excesos" alcanzados en la mayoría de las Declaraciones similares proclamadas ya por los Estados. Esto ponía en serio riesgo la ratificación de la Constitución creadora del Estado nacional que, como ya dijimos, se consideraba indispensable en el fondo por los dos grupos de convencionistas.

En segundo lugar, resultaba inadmisibile para los delegados de los Estados esclavistas aceptar una Declaración que colocara en la cúspide la postulación de que *todos* los hombres eran libres por naturaleza y demás conceptos ya mencionados, lo cual también arriesgaba la tan ansiada ratificación.

Y, por último, ambos grupos coincidían, con suficiencia hemos documentado antes, en privilegiar y dar prioridad a la necesidad de un Estado nacional fuerte que guardara la estabilidad y la tranquilidad de la población mientras se construía y consolidaba el nuevo sistema jurídico-político de los Estados Unidos de América y no a un régimen de desencadenadas libertades que engendrara o catalizara eventos como aquella Rebelión Shays de infausta e irritante memoria.

La solución ideada fue genial y exitosa como lo comprobó más tarde la historia. La Convención elaboraría un proyecto de sistema jurídico institucional con todas las características ya apuntadas. Dicho documento no incluiría

Declaración de Derechos Humanos que obligara a armonizar todo el texto de la Constitución con ella. Posteriormente, para apaciguar las esperables críticas de los radicales "antifederalistas" se procedería, con la Constitución ya ratificada, a un debate dentro de un Congreso nacional ordinario en el cual se "rasuraría al león" agregando, no una formal Declaración de Derechos del Hombre que se pudiera comparar con las estatales, sino diez Enmiendas con lenguaje de Congreso ordinario, que sufrirían aún posteriores ajustes a manos de la Suprema Corte a la que le correspondería ir perfeccionando el edificio federalista en un foro no democrático, alejado del debate público, en lenguaje técnicojurídico y en la forma y términos que las circunstancias políticas y económicas del país lo aconsejaran.⁴⁶

El plan resultó debidamente cumplido. Durante la elaboración de las diez primeras Enmiendas a la Constitución, Madison, principal redactor de ellas, pudo eliminar presiones para incluir derechos comprometedores como el del pueblo para instruir a sus representantes, la prohibición de concesiones monopólicas y las limitaciones al ejército en tiempos de paz.⁴⁷

Después de los consabidos cabildeos y recovecos del proceso legislativo, los grupos políticos dirigentes que forjaron el sistema jurídico de los Estados Unidos de América tenían razones para estar satisfechos de su estrategia. Tal vez el mayor éxito de esos grupos, tan preocupados por un pueblo desbocado, fue el

⁴⁶ El cumplimiento de este consistente plan tuvo, sin embargo, algunos serios tropiezos cuando trató de llevar sus designios más allá de dichas condiciones, lo que condujo a serias crisis como la Guerra de Secesión.

⁴⁷ RODGERS, 1993: 7.

redactar los derechos humanos, finalmente, en forma tal que permitiera a futuros y prudentes desarrollos de la Suprema Corte circunscribir su ámbito de aplicación al nivel federal, abandonando los derechos de los hombres que realmente necesitaban de amparo a la precaria protección de las Constituciones e intereses locales.

El sistema jurídico de los Estados Unidos de América, gestado de la manera en que hemos pretendido describirlo, habría de desarrollar sus instituciones novedosas y eficacias para alcanzar la grandeza conocida de ese país y generar también sufrimientos a millones de desheredados.

CONCLUSIONES

He aquí las conclusiones que consideramos pueden extraerse de lo expuesto y analizado a lo largo de nuestra investigación. Las hemos agrupado por capítulos para facilitar la búsqueda del texto en el que ampliamente se sustentan. De esta manera, creemos que también proporcionamos una síntesis del trabajo en forma de postulados.

CAPITULO 1

1.- El sistema jurídico es un conjunto de instituciones y se divide en dos subsistemas, en uno se encuentran las instituciones formales y en otro las informales.

2.- Las características esenciales de las instituciones jurídicas son cuatro, a saber:

a) Deben dirigirse a maximizar los recursos de una sociedad en función de un esquema valorativo determinado.¹

¹ El neoinstitucionalismo, que actualmente comanda Douglass North, privilegia el crecimiento económico como factor primordial por sobre los demás factores sociales como son los psicológicos, estéticos, comunitarios. Pensamos que esa

b) Deben establecer relaciones automáticas entre ciertos patrones de conducta y determinadas consecuencias jurídicas,

c) Deben constituir un entramado cuya interacción sinérgica les confiera unidad y coherencia, y

d) Deben disponer de poder coercitivo, o sea, de elementos de fuerza para imponer las consecuencias generadas automáticamente por una conducta preestablecida, aún contra la voluntad de las personas obligadas, además de poder imponer medidas disciplinarias igualmente compulsivas.

3.- Desde otro criterio de diferenciación, las instituciones que integran los sistemas jurídicos se pueden clasificar en dos niveles: uno constitucional y otro de aplicación práctica. Esta clasificación es útil en cuanto distingue el núcleo institucional esencial al sistema y el conjunto de instituciones contingentes.

Las primeras establecen el diseño estructural y funcional del Estado señalando, esencialmente:

a) La forma en que se relacionan los gobernados y las autoridades gobernantes, y

postura ha conducido al reduccionismo propio de la tecnocracia.

b) Las estructuras y órganos que integran el gobierno del país y la administración de los bienes públicos, así como la forma de funcionamiento, evaluación y disciplina de los mismos.

Las segundas son aquellas que:

a) Atribuyen consecuencias obligatorias y coercitivamente esperables a las conductas humanas que se consideran de trascendencia social, o sea, aquellas conductas cuya predecibilidad puede permitir una cierta, segura, fluida y eficiente interacción entre los factores políticos y económicos de una sociedad para lograr satisfacer sus diversas necesidades de la mejor manera posible, y

b) Preven el procedimiento para resolver las controversias que surjan acerca de la interpretación o cumplimiento de las instituciones jurídicas.

4.- El Derecho es una parte del sistema jurídico y consiste en un conjunto de instituciones o reglas de carácter formal. En cada sistema jurídico existen partes del Derecho que no operan en la vida real. En estos casos, el vacío es colmado por otras instituciones informales integrantes también del sistema jurídico. Este fenómeno es común o excepcional dependiendo del grado de avance político, económico y social de la sociedad de que se trate.

5.- Las instituciones informales no están asentadas por escrito, ni su forma de creación, aplicación, transformación o sanción, o incluso contenido preciso, se encuentran establecidos de manera indubitable. Sin embargo, constituyen reglas

operantes en las transacciones e interacciones relevantes entre los miembros de una sociedad y, también, con miembros de otras sociedades.

6.- Las instituciones formales e informales guardan entre sí una relación de complementariedad y de contraposición. Esta paradoja se explica al examinar el origen consensual, espontáneo y práctico de las instituciones informales.

7.- Los sistemas jurídicos son contruidos por uno, varios o todos los grupos integrantes de la sociedad con la finalidad de crear condiciones de seguridad, certidumbre y eficiencia en las interacciones humanas trascendentales en la vida política, económica y social.

8.- Las instituciones jurídicas son creadas por las interacciones sociales de individuos, grupos y organizaciones, quienes, su vez, son conformados por las instituciones en una relación de influencia dialéctica. Su creación y transformación obedece a la persecución de sus intereses por parte de los agentes sociopolíticos mencionados.

9.- La racionalidad de los sistemas jurídicos depende de la de cada una de sus instituciones en particular y de la de todas ellas entre sí como un todo. Dicha racionalidad puede clasificarse en: intrínseca, extrínseca, instrumental, dinámica-instrumental, axiológica, participativa y organizativa-estructural.

10.- En un régimen de democracia madura las instituciones formales e informales del sistema jurídico mantienen una estrecha relación de consistencia y coherencia entre sí, en cuanto a que ambas se condicionan y rediseñan continuamente.

11.- En casos de deficiente democracia es difícil conocer realmente el Derecho y el sistema jurídico del país en cuestión, por cuanto a que las instituciones informales son las que prevalecen contradiciendo, muchas veces, lo establecido por las formales, por lo que no es de extrañar que aquellas sean propositivamente oscuras.

12.- Las uniones de libre comercio han menester de sistemas jurídicos muy afines y que liberen a las transacciones e intercambios de la mayor cantidad posible de costos.

13.- Las diferencias entre sistemas jurídicos pertenecientes a familias distintas, por ejemplo del derecho civil y del *common law*, no han sido obstáculo suficiente para evitar influencias, b) la diferenciación entre ambas familias jurídicas ha venido diluyéndose debido, principalmente, a la vocación internacional y uniformizante del capitalismo que hoy se connota como globalización, y c) las presiones integradoras se presentan, primordialmente en el área del comercio, *lato sensu*, y permean los demás campos relacionados sin que sea obstáculo el tipo de Derecho nacional de los países que se integran. Así lo atestigua el reciente Tratado de Maastricht.

14.- Aún cuando la presente tesis es de carácter histórico-analítico, intenta ofrecer algunas bases para futuras investigaciones comparativas, ya que cualquier intento comparativo debe ser precedido de un profundo análisis de cada uno de los sistemas jurídicos en los que se enclaven las instituciones por analizar, con objeto de evitar comprensiones equivocadas de las instituciones, ya que la misma figura puede significar diferente realidad dependiendo de la relación que guarde la institución formal de que se trate con otras instituciones informales correlacionadas.

CAPITULO 2

1.- Los dos referentes históricos del sistema jurídico de los Estados Unidos de América son: el constitucionalismo inglés, principalmente del siglo XVII, y el constitucionalismo colonial. Estos dos movimientos, junto con la Ilustración francesa y el Positivismo, forman el cimiento sobre el que se ha ido estructurando el sistema jurídico capitalista moderno.

2.- A nivel mundial, el auge capitalista de Inglaterra, desencadenado al inicio del siglo XVII, exigió la reconstrucción de su sistema jurídico-político. Ello condujo a la revolución burguesa en ese país y al consiguiente establecimiento de una nueva Constitución que reconociera una nueva correlación de fuerzas económicas y políticas, y nuevos fines del Estado. El triunfo de la revolución devino en la consolidación del imperio inglés.

3.- Los indicados eventos modificaron sustancialmente las relaciones entre la metrópoli inglesa y sus colonias americanas en el sentido de endurecer las políticas mercantilistas de aquélla en perjuicio de las libertades y la creciente autonomía que caracterizaban los regímenes jurídicos coloniales.

4.- Las divergencias entre Inglaterra y sus colonias se expresaron en términos de controversia jurídica. En este proceso las clases ilustradas coloniales, en especial los abogados, fueron depurando sus conceptos jurídico-políticos relativos al sistema jurídico de las colonias, concebidas éstas como integradas por ciudadanos ingleses provistos de los derechos tradicionales forjados por el centenario constitucionalismo de ese país.

5.- El constitucionalismo colonial se desarrolló en condiciones óptimas. Las colonias se fundaron con finalidades mercantiles perfectamente sintónicas con el radicalismo protestante de los grupos perseguidos fundadores. En vez de las constricciones territoriales de Europa, el único obstáculo serio a su expansión fueron los indios; sin embargo, dicho obstáculo fue removido en forma relativamente fácil. Y, lo más importante, la "sabia negligencia" de la metrópoli en un principio, permitió un libérrimo campo para el desarrollo de instituciones jurídicas en las colonias.

6.- Las categorías jurídicas fundamentales que florecieron en la América inglesa fueron:

a) Estado de Derecho, de inspiración divina, como enunciación y límite de los derechos y libertades individuales así como de individuos que tenían derechos y libertades, o sea, reconocimiento de los derechos del hombre,

b) Derecho de los hombres libres para adquirir propiedades, conservarlas y acumularlas, y para no ser privados de ellas por la vía de impuestos u otras cargas acordadas sin su consentimiento directo o indirecto,

c) Derecho de negociar y realizar transacciones, esto es, de contratar, adquirir compromisos y la obligación de cumplirlos, incluyendo contratar el trabajo asalariado y comprar esclavos,

d) Derecho de los hombres libres para reunirse, constituir un Estado, participar en el gobierno y en la elaboración de las leyes integrantes del Estado de Derecho, ya fuere por sí o por representantes proporcionales elegidos libremente,

e) Derecho de los hombres libres para ser juzgados por jurados de pares y jueces independientes,

f) Tutela jurídica de los siguientes valores: Religión protestante, responsabilidad ética individual, sentido de la vida orientado hacia la acumulación de la propiedad, Estado de Derecho como marco institucional básico para la interacción económica, política y social, y clasificación de los hombres entre libres y no libres.

CAPITULO 3

1.- La revolución burguesa inglesa del siglo XVII reconstruyó el esquema de fuerzas políticas y, en consecuencia, las instituciones constitucionales conforme a las cuales se habrían de entender, procesar y resolver los problemas sociales del capitalismo moderno. La indicada reconstrucción se efectuó en cinco planos, principalmente, a saber: a) establecimiento de un nuevo balance de las fuerzas sociopolíticas propias del capitalismo, b) sustitución de la tradicional Constitución prescriptiva por una semiflexible, c) afirmación de la supremacía del Parlamento, d) consolidación el mercantilismo moderno imperial, y e) reformulación de la relación vigente entre la metrópoli y sus colonias.

2.- El balance jurídico-político inglés fue reconstruido mediante un nuevo equilibrio entre el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, en el cual la iniciativa y el liderazgo ya no fueron del rey sino del Parlamento. En el período de transición se plantearon las contradicciones: gobierno fuerte *versus* democracia y gobierno débil *versus* eficacia económica.

3.- El mencionado balance significó una nueva forma mixta de gobierno, en la cual la monarquía, la aristocracia y la democracia coexistían para establecer entre ellas un juego de frenos y balances. La racionalidad de esta teoría fue (y sigue siendo) la de aprovechar las ventajas de cada una de dichas formas y eliminar sus defectos, pues para la Inglaterra burguesa la democracia y la representación popular, por sí solas, no constituían una vía idónea para asegurar la libertad y el sistema mismo.

4.- La tradicional Constitución inglesa había sido prescriptiva, esto es, que su autoridad derivaba de su existencia y vigor ancestral. En virtud de que ella personificaba propiamente a la Inglaterra premoderna, la revolución del siglo XVII la hubo de sustituir por una de tipo semiflexible apropiada a la modernidad capitalista.

5.- La lucha revolucionaria para cambiar el sistema jurídico-político a partir de una nueva Constitución la libró la burguesía manufacturera y comercial contra la realeza y nobleza tradicionales. Por primera vez en la historia la arena fue el Derecho, el lenguaje el legal y la lógica argumentativa la jurídica. Los argumentos fueron, de un lado, la supremacía del Parlamento como representante del pueblo, el derecho del pueblo para eliminar al monarca que desconociese la superioridad del Derecho emanado del Parlamento, el contrato social sustentado en el reconocimiento de los derechos naturales de libertad y propiedad, y la supremacía del Parlamento sobre el Derecho y, aún, sobre la Constitución, misma que resultaba ser modificable por la soberanía popular expresada a través de sus representantes parlamentarios; por el otro lado, los argumentos fueron: el derecho divino de los reyes y su supremacía sobre el Derecho, y el derecho real supremo fundado en los precedentes inveterados de soberanía o monarquía.

6.- El nuevo sistema jurídico revolucionario se dirigió a la promoción de un régimen mercantilista para alentar la actividad del capitalismo moderno, bajo el esquema de un imperio marítimo protector de las manufacturas nacionales y del comercio internacional. Por ello, la metrópoli se enfocó a las colonias con objeto de hacerlas funcionales a la prosperidad de la metrópoli.

7.- Conforme a la tradicional Constitución inglesa, los colonos habían llegado a América con un *status* equivalente o hasta superior, en términos prácticos, al del resto de los súbditos ingleses. Sin embargo, la nueva Constitución les asignaban un *status* inferior. Les privaba, fundamentalmente, del derecho de representación para determinar los impuestos internos recaudatorios, que era orgullo de cualquier súbdito inglés y del privilegio de crear leyes locales mediante su propia gestión democrática, como lo establecían sus constituciones coloniales y las costumbres practicadas desde la fundación de las colonias.

8.- Desde mediados del XVII y hasta la mitad del XVIII, los sistemas jurídicos de Inglaterra y de las colonias se habían desarrollado con creciente autonomía, de la misma forma e intensidad en que lo fueron haciendo sus economías y sus sociedades en general. Habían llegado a un punto crítico en el que los sistemas coloniales, en un principio no sólo compatibles con el de la metrópoli sino indiscutiblemente dependientes de ella, habían evolucionado hasta llegar a ser cuasi equidistantes. El antiguo vínculo de la pareja no podría ser ya funcional en el futuro. Había que idear un nuevo trato.

9.- La ruptura de las instituciones jurídicas reguladoras de las relaciones entre la metrópoli y las colonias americanas ocurrió por falta de talento y visión del Parlamento inglés para percatarse de la dualidad de intereses, ambos legítimos, que debían armonizarse de manera consensual si se trataba de mantener la relación. Debería haber considerado que, en verdad, el Imperio no tenía suficiente poder militar ni económico, ni le eran favorables las condiciones internacionales

para someter por la fuerza a las colonias, como finalmente quedó demostrado durante la guerra de independencia.

CAPITULO 4

1.- La Declaración de Independencia de 1776, como posteriormente todos las decisiones jurídicopolíticas fundamentales incluyendo la Constitución, fue elaborada y aprobada por un brevísimo grupo de la clase dirigente acomodada. Dicha Declaración parte de una proclamación de derechos humanos del más enfático corte revolucionario liberal-burgués. Sin embargo, una vez independientes los grupos políticos juzgaron incompatible el nuevo sistema jurídico-político con una afición radical a los derechos del hombre. Por otro concepto, la Declaración entroniza la propiedad privada y la competencia comercial y plantea una política migratoria que se adivina de corte expansionista.

2.- Los Artículos de la Confederación, por su parte, expresan una incipiente conciencia de la necesidad de Unión entre los nuevos Estados independientes. También manifiestan la heterogeneidad y el aislamiento estructural jurídico-político que caracterizó la evolución de las diferentes colonias. La situación caótica que generó hizo patente la necesidad de un sistema jurídico-político cualitativamente más elaborado cuyas instituciones proporcionaran el marco de certidumbre y seguridad indispensable para propulsar el desarrollo económico del nuevo país. Y, finalmente, dicho caos mostró a las clases dirigentes el profundo riesgo político y social que puede generar la ausencia de un Estado nacional efectivo. El problema principal, pues, no estaba en las contradicciones entre el

Estado nacional y los Estados miembros de la Unión, sino en las contradicciones entre los intereses de los propietarios potentados y la falta de control y conducción de las mayorías.

3.- La Convención de Philadelphia de 1787 diseñó el esperado sistema jurídico-político cuyas instituciones esenciales constituirían en definitiva a los Estados Unidos de América y sentarían las bases de su consolidación. La composición de dicha Convención fue una parcial representación de la sociedad americana de la época, en favor de las clases propietarias más acaudaladas.

4.- Los problemas capitales enfrentados por la Convención y las soluciones concebidas por ella fueron:

a) ¿Cómo equilibrar y conciliar intereses entre propietarios ricos y pobres; entre propietarios con dimensión local, regional, nacional o internacional; entre propietarios fabriles, financieros, comerciales, agrícolas, etcétera, mediante un nuevo sistema jurídico firme, estable y con legitimidad popular, que garantizara la reproducción y desarrollo del sistema social en su integridad?

Estos problemas los resolvió la Convención mediante las siguientes instituciones jurídicas: coexistencia de dos niveles básicos de gobierno, uno nacional y otro local; introducción de la novedosa institución presidencial a la cual proveyó del derecho de veto a las propuestas legislativas; división de la legislatura en ramas diferentes lo menos relacionadas entre sí y con diversos sistemas de elección, estableciendo períodos más largos para senadores que para diputados,

mecanismos de renovación total de diputados y parcial de senadores y posibilidad de reelección de ambos. Asimismo, aseguró la conservación del sistema jurídico-político fundamental mediante dos llaves: un mecanismo complejo y difícil para modificar la Constitución nacional y un sistema judicial nacional presidido por un minúsculo y selectísimo grupo vitalicio, propuesto por el presidente y aprobado sólo por el Senado. Este grupo tendría la facultad suprema de interpretar la Constitución nacional y, por ende, de dejar sin efecto, absolutamente, los actos y decisiones del presidente, de los gobernadores estatales, y de las legislaturas y judicaturas tanto nacionales como locales.

b) ¿Cómo desactivar la fuerza de la mayoría de los desheredados que podría pugnar por la igualdad económica, en perjuicio de los propietarios, en un régimen popular y democrático?

El consenso de la Convención reconoció que una democracia pura no podría evitar los peligros que significaba para el sistema la acción democrática una facción mayoritaria, por lo que la solución era una "república", comprendida como un sistema de representación, ya que en ella se delegaba la facultad de gobierno en un pequeño y "selecto" número de ciudadanos, y permitía, además, gobernar un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.

c) ¿Cómo mantener la unión entre Estados en los que la esclavitud era el modo de producción dominante y aquellos que basaban su economía en la

industria manufacturera y naviera, en las finanzas y en la especulación de valores mobiliarios?

En ningún momento durante la Convención se dudó acerca de la inclusión de la esclavitud como una más de las instituciones jurídicas básicas del nuevo sistema jurídico de los Estados Unidos de América. Lo único que se discutió fue el criterio aritmético conforme al cual la población esclava habrían de tomarse en cuenta para los cálculos determinantes del número de representantes federales que cada Estado podría enviar al Congreso de la Unión y de la carga fiscal correspondiente a cada Estado.

La inclusión, en algún porcentaje, de los esclavos habitantes de cada Estado para calcular el número de representantes nunca conllevó la idea, en la Convención, de que podría implicar el otorgamiento de derecho electoral alguno para los esclavos. Los representantes, en el número que resultara, serían elegidos con arreglo a las leyes electorales locales.

d) ¿Cómo conciliar y ajustar los disímiles intereses y variadas concepciones teóricas y prácticas en materia de derechos humanos dentro del nuevo sistema jurídico-político de los Estados Unidos de América?

La omisión de una Declaración de Derechos Humanos como parte integrante de la Constitución obedeció a una inteligente estrategia de los "federalistas" durante la Convención de Philadelphia, consistente en eliminar temas que pudieran levantar fuertes oposiciones por parte de los defensores de

los derechos de los Estados, o que implicasen la introducción de conceptos indeseables en el texto de la Constitución. Además, resultaba inadmisibile para los delegados de los Estados esclavistas aceptar una Declaración que colocara en la cúspide la postulación de que *todos* los hombres eran libres por naturaleza.

Dicha omisión evitaba tener que armonizar todo el texto de la Constitución con una Declaración de contenido necesariamente abarcador. A la vez, permitía apaciguar las esperables críticas con una negociación en la que se ofreciera enmendar la Constitución, naturalmente en un debate dentro de un Congreso nacional ordinario en el cual se agregaría, no una formal Declaración de Derechos del Hombre, sino diez Enmiendas con lenguaje de Congreso ordinario, que sufrirían aún posteriores ajustes a manos de la Suprema Corte, foro no democrático alejado del debate público, en lenguaje técnicojurídico y en la forma y términos que las circunstancias políticas y económicas del país lo aconsejaran.

BIBLIOGRAFIA

BARRETT, EDWARD L., COHEN, WILLIAM & VARAT, JONATHAN D., Constitutional Law, Eighth Edition, with 1990 Case Supplement, The Foundation Press, New York, 1989.

BARRON AND DIENES', Constitutional Law in a Nutshell, West Publishing Company, Second Edition, Minnesota, 1991.

BAUM, LAWRENCE, The Supreme Court, Congressional Quarterly, Washington, 1989.

BEARD, CHARLES A., Una Interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953.

BLACK, HENRY CAMPBELL, Black's Law Dictionary, West Publishing Co., USA, 1983.

BLUM, JOHN MORTON, Liberty, Justice, Order: Essays on Past Politics, W.W. Norton & Company, New York, 1993.

BODENHAMER, DAVID J. & ELY, JAMES W., JR., The Bill of Rights in Modern America: After 200 Years, Indiana University Press, USA, 1993.

BRENNAN, GEOFFREY AND BUCHANAN, JAMES, The Reason of Rules, Cambridge University Press, USA, 1987.

BUCHANAN, JAMES M. AND TULLOCK, GORDON, The Calculus of Consent, University of Michigan Press, USA 1962.

CAPELLETTI, MAURO, La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado), UNAM, México, 1987.

COMMAGER, HENRY STEELE, Documents of American History, Appleton-Century-Crofts, New York, 1958.

DAHL, ROBERT A., La Poliarquía, Ediciones Tecnos S.A., España, 1989.

DAVID, RENE, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Aguilar, Madrid, 1968.

DOUGLAS, ELISHA P., *Rebels and Democrats : The Struggle for Equal Political Rights and Majority Rule During the American Revolution*, Quadrangle, Chicago, 1965.

DUCAT, CRAIG R., *Constitutional Interpretation*, West Publishing Co., USA, 1983.

DUKER, WILLIAM F., *A Constitutional History of Habeas Corpus*, USA, 1980.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, Vol. 29, The University of Chicago, Chicago, 1985.

EGGERTSSON, THRAINN, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge University Press, USA, 1990.

ENGELS, FEDERICO, *Obras Escogidas, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1955.

FRIEDMAN, LAWRENCE M., *A History of American Law.*, Simon & Schuster, Inc., New York, 1985.

FRIEDMAN, LAWRENCE M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, Librería Bosch, España, 1988.

GREENE, JACK P., *Encyclopedia of American Political History*, Vol. I-II-III, Charles Scribner's Sons, New York, 1984.

GUNTHER, GERALD, *Constitutional Law*, University Casebook Series, Twelfth Edition, The Foundation Press, New York, 1991.

HALL, KERMIT ED, *The Law of American Slavery: Mayor Historical Interpretations*, Garland, New York, 1987.

HALL, KERMIT L.; WIECEK, WILLIAM M. & FINKELMAN, PAUL, *American Legal History: Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 1991.

HAMILTON, MADISON Y JAY, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

HAURIUO, MAURICE, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HOBBES, THOMAS, *Leviathan*, William Benton, Publisher, USA, 1984.

HOBSWAM, E.J., *Las Revoluciones Burguesas*, Ed. Pepe, Medellín Colombia, 1970.

HORTWITZ, MORTON J., *The Transformation of American Law: 1870-1960 the Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, New York, 1992.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *Derecho Constitucional, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

ISRAEL, ARTURO, *Institutional Development*, The Johns Hopkins University Press, USA, 1990.

KATZ, ELLIS, *The American Electoral College*, in *American Studies Newsletter*, Number 28, September, USA, 1992.

KEEFE, WILLIAM F. & OGUL, MORRIS S., *The American Legislative Process*, Prentice Hall, New Jersey, 1989.

LEOPOLD, RICHARD W.; LINK, ARTHUR S. & COBEN STANLEY, *Problems in American History*, vol. I, Prentice Hall, New Jersey, 1966.

LEVY, LEONARD W. & PETERSON, MERRIL D., *Major Crises in American History. Documentary problems*, Tomo I (1689 to 1861), Harcourt, Brace & World, New York, 1962.

LOUTHAN, WILLIAM C., *The United States Supreme Court: Lawmaking in the Third Branch of Government*, Prentice Hall, New Jersey 1991.

LYON, BRYCE, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, Harper & Brothers, New York 1960.

MCKENZIE, RICHARD B., *Constitutional Economics: Containing the Economic Power of Government*, Lexington Books, USA, 1984.

MENDOZA, ANGELICA, *Fuentes del Pensamiento de los Estados Unidos*, Ed. El Colegio de México, México, 1950.

MERRYMAN, JOHN HENRY, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *Stanford Journal of International Law*, USA, 1984.

MOYANO PAHISSA, ANGELA Y VELASCO MARQUEZ, JESUS, *EUA Documentos de su Historia Política I*, Instituto Mora, México, 1988.

MOYANO PAHISSA, ANGELA Y VELASCO MARQUEZ, JESUS, *EUA Documentos de su Historia Socioeconómica II*, Instituto Mora, México, 1988.

NEVINS, ALLAN Y COMMAGER, HENRY STEELE, Historia de los Estados Unidos, Compañía General de Ediciones, S.A., México, 1979.

NORTH, DOUGLASS C., Estructura y Cambio en la Historia Económica, Alianza Editorial, España, 1981.

NORTH, DOUGLASS C., Growth and Welfare in the American Past, Prentice-Hall Inc., USA, 1974.

NORTH, DOUGLASS C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, USA, 1990.

NORTH, DOUGLASS C. AND ROBERT P. THOMAS, The Rise of the Western World: A New Economic History, Cambridge University Press, USA, 1973.

OLSON, MANCUR, The Logic of Collective Action, Cambridge University Press, USA, 1971.

PORTER, GLENN, Encyclopedia of American Economic History, Vol. I-II-III, Charles Scribner's Sons, New York, 1980.

PRITCHETT. C., HERNAN, The American Constitution, Mc Graw Hill Book Company Inc., New York, 1959

PRITCHETT, CHARLES HERMAN, Constitutional Law of The Federal System, Prentice-Hall, Inglewood California, 1984.

RABASA, OSCAR, El Derecho Angloamericano, Editorial Porrúa S.A., México, 1982.

REID, JOHN PHILLIP, Constitutional History of the American Revolution, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, 1991.

ROEMER, ANDRES, Introducción al Análisis Económico del Derecho, ITAM, SMGE, FCE, México, 1994.

ROUSSEAU, J.J., El Origen de la Desigualdad entre los Hombres, Editorial Grijalbo, S.A., México, 1972.

ROSSUM, RALPH A., American Constitutional Law: Cases and Interpretation, St Martin's Press, New York, 1983.

SERRANO GEILS, RAUL, Derecho Constitucional de Estados Unidos, Colegio de Abogados de Puerto Rico, Instituto De Educación Práctica, Puerto Rico, 1986.

SMITH, ADAM, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, William Benton Publisher, Chicago, 1984.

SNOWISS, SILVIA, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven Ct., 1990.

SUAREZ ARGUELLO, ANA ROSA, *EUA Documentos de su Historia Socioeconómica I*, Instituto Mora, México, 1988.

SCHWARTZ, BERNARD, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993.

SCHWARTZ, BERNARD, *The Law in America: a History*, MacGraw-Hill Book Company, USA, 1974.

STORY JOSEPH, *Constitución Federal de los Estados Unidos*, Imprenta del Comercio de Doblán y Cía., México, 1879.

SWISHER, CARL BRENT, *El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

TIGAR, MICHAEL E. Y LEVY, MADELEINE R., *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo, Siglo XXI*, México, 1988.

TINDALL, GEORGE B. & SHI, DAVID E., *America: a Narrative History*, W.W. Norton & Company, New York, 1989.

TREVELYAN, GEORGE MACAULAY, *Historia Política de Inglaterra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

TREVELYAN, GEORGE MACAULAY, *Historia Social de Inglaterra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

TRIBE, LAURENCE H. & DORF, MICHAEL C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, USA, 1991.

TUNC, ANDRE, *El Derecho en Estados Unidos*, UNAM, México, 1957.

URSUA-COCKE, EUGENIO, *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*, Porrúa, México 1984.

VILE, JOHN R., *A Companion to the United States Constitution and its Amendments*, Praeger Publishers, Westport, 1993.