

CAPÍTULO 1 HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS

216. Continuidad histórica del derecho inglés. Aún más que el derecho francés, el conocimiento de la historia es indispensable cuando se analiza el derecho inglés.¹ El derecho inglés no conoció ni la renovación por el derecho romano, ni de la renovación por la codificación, que son las características del derecho francés y de los otros derechos de la familia romano-germánica. Se desarrolló de manera totalmente autónoma, y sólo percibió de forma limitada y ocasional la influencia del continente europeo. El jurista inglés, quien subestima la continuidad de los derechos continentales al percibir que la codificación significa una ruptura con la tradición de esos derechos, se complace en resaltar la continuidad histórica de su derecho; el derecho inglés ha sido el producto de una larga evolución, que no ha sido perturbado por ninguna revolución. Esta circunstancia ha devenido en un orgullo, de la cual el jurista inglés deduce, no sin razón, la prueba de la gran sabiduría del *common law*, de sus facultades de adaptación, de su valor permanente, y de las calidades correspondientes de sus juristas y del pueblo inglés.

Empero, no se debe exagerar este carácter “histórico” del derecho inglés; los ingleses son proclives en destacar este carácter tradicional, cómo los franceses lo son más en resaltar el carácter racional y lógico de su derecho. En realidad los caracteres tradicional y racional que se perciben en uno y otro derecho no son fundamentalmente diferentes: el sistema de derecho francés, al igual que el derecho inglés tuvieron que adaptarse a cambios y afrontar necesidades semejantes en sus respectivas sociedades. Las revoluciones han sido simples accidentes de trayecto en la larga evolución de nuestro derecho.

Se pueden reconocer en la historia del derecho inglés cuatro periodos principales. El primero es el periodo anterior a la conquista normanda de 1066. El segundo, va de 1066 al advenimiento de la dinastía de los Tudores (1485), el periodo de la formación del *common law*, en la cual un sistema de derecho nuevo, común a todo el reino, se desarrolla y substituye a las costumbres locales. El tercer periodo, de 1485 a 1832, está principalmente marcado por el desarrollo, paralelamente al *common law*, de un sistema complementario y ocasionalmente rival, que se manifiesta en las “reglas de equity”. El cuarto periodo, que empieza en 1832 y que continua en la actualidad, es el periodo moderno en el cual el *common law* debe afrontar un desarrollo sin precedente de la ley, acomodarse a una sociedad cada vez más dirigida por la administración y confrontarse constantemente con el derecho comunitario y europeo.

Sección 1. El periodo anglosajón.

Sección 2. La formación del *common law* (1066-1485)

Sección 3. La rivalidad con la Equity (1485-1832)

Sección 4. El periodo moderno

¹ J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3a. ed. 1990.

SECCIÓN 1 EL PERIODO ANGLOSAJÓN

217. Las leyes bárbaras. Una fecha fundamental en la historia de Inglaterra y de Europa es el 1066; año en el cual Inglaterra fue conquistada por los Normandos.

El periodo precedente a esta fecha es llamado en Inglaterra el derecho anglosajón.² La dominación romana, aunque duró cuatro siglos en Inglaterra —desde el Emperador Claudio, al principio del siglo quinto— no dejó más huella en Inglaterra que lo que pudo haber influido el periodo celta en Francia o el periodo ibérico en España. Para los historiadores del derecho inglés, la historia de su derecho se inicia, en la época en la que, habiendo cesado la dominación romana, diversas tribus de origen germánico —Sajones, Jutes,³ Anglos, Daneses— se expandieron por su territorio. Es en esta época que Inglaterra, con la obra apostólica de San Agustín de Cantorbury en 596, se convierte al cristianismo.

Al derecho de la época anglosajona se le conoce poco.⁴ Se sabe que algunas leyes fueron promulgadas, después de la conversión al cristianismo, como en Europa continental; su originalidad consiste en que, a diferencia de otras leyes bárbaras, están redactadas en idioma anglosajón, y no en latín. Como las otras leyes bárbaras, las leyes anglosajonas regulan sólo unos cuantos aspectos muy limitados de las relaciones sociales tal y cómo actualmente se entiende nuestra concepción del derecho. Las leyes de Aethelbert, rey de Kent, redactadas alrededor 600, constan solamente de 90 frases breves. Las leyes del rey danés Canute (1017-1035), cuatro siglos más tarde, son más elaboradas, y preludian el paso de la era de las tribus a la del feudalismo. El principio de personalidad de las leyes da lugar, como en Francia, a una ley territorial; aun cuando el país estaba en la época sometido a un solo soberano, el derecho en vigor continuaba siendo un derecho estrictamente local, de tal suerte que no hay un derecho común para toda Inglaterra antes de la conquista normanda.

SECCIÓN 2 LA FORMACIÓN DEL *COMMON LAW* (1066-1485)

218. La conquista normanda (1066). La conquista normanda por sí misma, no va cambiar el estado de las cosas. Guillermo el Conquistador, con serios vicios de origen en su designación, pretendió reinar sobre Inglaterra por títulos hereditarios como sucesor del rey Eduardo el Confesor, y no conforme al derecho de conquista. Este soberano proclamó expresamente la vigencia del derecho anglosajón y aún en la actualidad suele observarse a juristas y jueces

² El empleo del término anglosajón fuera del continente europeo, para referirse al derecho inglés o norteamericano en la actualidad, se considera a justo título absurdo.

³ Nota del traductor. Los “Jutes” eran un pueblo germano que emigró a Gran Bretaña en el año V DC y fundaron el reino de Kent.

⁴ H. G. Richardson, G. O. Gayles, *Law and legislation from Aethelbert to Magna carta*, 1966; H.R. Loyn, *The Governance of Anglo-Saxon England – 500-1075*, 1984.

ingleses, en ocasiones, invocar y aún aplicar alguna disposición proveniente de la época anglosajona.

No obstante lo anterior, la conquista normanda constituye un acontecimiento capital en la historia del derecho inglés, ya que introduce en Inglaterra, a través de una ocupación extranjera, un poder fuerte, centralizado, con gran experiencia administrativa, que había sido probada con eficiencia en el Ducado de Normandía. Con la conquista de los normandos, el reino de las tribus caducó y la feudalidad se instaló en Inglaterra.

219. La feudalidad en Inglaterra. La feudalidad inglesa es muy diferente de la que, en la misma época, puede observarse en Francia, en Alemania o en Italia. Los señores normandos, que acompañaron a Guillermo El Conquistador en Inglaterra, se instalaron en un país conquistado, del que ignoran su idioma y sus habitantes y costumbres que merecían todo su desprecio. Ello les genera la necesidad de agruparse en torno a su soberano en defensa de la conquista y de sus propiedades. El conquistador supo protegerse contra el peligro que representaban para él vasallos demasiados poderosos. Por ello en la distribución de las tierras que hizo Guillermo El Conquistador a sus adeptos, procuró no constituir ningún gran feudo, de tal forma que ningún “barón” pudiera rivalizar en el poder real. La ley de 1290, el estatuto Quia emptores, prohibió toda sub-enfeudación, de manera que todos los señores feudales dependían directamente del rey.

De alguna manera se trata de un ejército que acampa en Inglaterra; el espíritu de organización y de disciplina normanda se manifiesta en la redacción, desde 1086, del Domesday, documento donde se inscribirían los 15 000 dominios (manors) y los 200 000 hogares existentes en ese entonces en Inglaterra. Este carácter militar, organizado, de la feudalidad inglesa, es uno de los elementos que va a permitir, a diferencia del continente europeo, el desarrollo del *common law*.

220. Definición del *common law*. ¿Cuál es el *common law*, llamado comune ley en la jerga que hasta el siglo XVII será la lengua hablada de los juristas en Inglaterra,⁵ en tanto la lengua escrita, como en el resto de Europa, continuaba siendo el latín?

La comune ley o *common law*, por oposición a las costumbres locales, es el derecho común a toda Inglaterra. Este derecho, en 1066 no existía. La asamblea de hombres libres, llamada County Court o Hundred Court,⁶ aplicaba la costumbre local; se limitaba, conforme a esta costumbre, a decidir cuál de las partes debería lo bien fundado de su dicho dicho, sometándose a un modo de prueba que no tenía ninguna pretensión de ser racional. Después de la conquista normanda, los tribunales competentes en principio, las Hundred Courts o County Courts serían paulatinamente reemplazadas por jurisdicciones señoriales de una nueva especie (Courts Barón, Court Leet, Manorial Courts), pero decidirán aplicando un derecho consuetudinario eminente local. Las jurisdicciones eclesiásticas, instituidas después de la conquista, aplican el derecho canónico, común a toda la cristiandad. La elaboración de la comune ley, derecho inglés común a toda

⁵ El francés fue la lengua de la corte inglesa, hasta el advenimiento de la dinastía Tudor a fines del siglo XV: era pues normal escuchar el francés en las Cortes inglesas. El idioma francés fue paulatinamente abandonado en beneficio de inglés desde el siglo XVI. Después de diversas tentativas frustradas y del esfuerzo de Cromwell en 1650 sería necesario esperar hasta 1751 para que el inglés se convirtiera en la lengua exclusiva en Inglaterra al abolirse tanto el francés como el latín. Sobre *Law french* véase la introducción de Maitland en el vol. 17 de la *Selden Societ*, pp. XXIII-LXXXIX.

⁶ El *Hundred* era una subdivisión del Condado.

Inglaterra, va ser en lo sucesivo la obra exclusiva de las Cortes reales de justicia, llamadas popularmente cómo Cortes de Westminster, cuyo nombre obedece al lugar en donde sesionarían a partir del siglo XIII.

221. Competencias de las cortes reales. Después de la conquista normanda los litigios se llevaban normalmente a las diferentes jurisdicciones que se acaban de mencionar. El rey sólo ejercía la “suprema justicia”; sólo se siente con autoridad para conocer de controversias sólo en casos excepcionales: si la paz del reino estuviera amenazada o si las circunstancias hicieran imposible que la justicia fuera satisfecha por los medios ordinarios. Era en la Curia regi, en donde el soberano resolvía las controversias asistido de sus consejeros más cercanos y de los grandes personajes del reino; la Curia regis era el tribunal de los grandes personajes y de los precedentes importantes; no era una jurisdicción ordinaria, a la que cualquiera pudiera acceder.

En el seno de la Curia regis ciertas instituciones adquirieron en el siglo XIII su autonomía; verbi gratia el Parlamento, al igual que diferentes comisiones con competencia jurisdiccional que, al dejar de acompañar al rey en sus diversos desplazamientos, establecieron su sede en Westminster. Estas Cortes reales de justicia no adquirieron al inicio una competencia universal; debían atender las susceptibilidades de los señores feudales, quienes por el poder que habían acumulado no estaban dispuestos a someterse a su jurisdicción. La intervención de la autoridad real en los asuntos que sólo concernía a los señores feudales y a sus vasallos, les parecía a estos señores feudales intolerable y contraria al orden natural de las cosas, tanto cómo a los propietarios les parecería tiempo más tarde las medidas de intervención del Estado o de nacionalización, sin que se observara el respeto al sacrosanto derecho de su propiedad. Las Cortes reales, por lo demás, estaban mal pertrechadas para administrar justicia, aún en apelación, para resolver todas las controversias del reino. Su intervención se vio limitada, esencialmente, a tres categorías de controversias que le eran conaturales: controversias relacionadas a las finanzas reales,⁷ controversias relacionadas a la propiedad hacendaria (foncière) y la posesión de inmuebles,⁸ controversias criminales graves relacionadas con la paz del reino. Tres Cortes reales diferentes, la Corte de la Realeza (Exchequer), la Corte de litigios comunes (Common Pleas), y la Corte del Trono del Rey (King’s Bench) serían las que originalmente deberían resolver en su respectivo ámbito de competencia, las controversias; esta división de competencias se agotaría muy rápidamente y cada una de las tres Cortes reales de Westminster terminaría por ser competente para conocer de todas las controversias que se sometiesen a las jurisdicciones reales.

Fuera de las tres categorías de los precedentes mencionados, todas las controversias se resolverían al margen de las jurisdicciones reales, por los Hundred o County Courts, las jurisdicciones señoriales, las jurisdicciones eclesiásticas, y posteriormente también, según fuera el caso, por diversas jurisdicciones municipales o comerciales a las cuales les sería concedido el privilegio de administrar la justicia para ciertos tipos de controversias; estas jurisdicciones fundamentarían sus resoluciones para dirimir las controversias planteadas, ya fuera en los

⁷ La inmunidad fiscal no tuvo la misma extensión en Inglaterra que en Francia; el impuesto real centralizado desapareció en Inglaterra en los siglos XI y XII.

⁸ El propietario era el amo absoluto, pero ¿quién era el propietario? Se recurría a la jurisdicción real para decidirlo. El cuestionamiento de la posesión interesa al orden público y a la paz del Reino.

reglamentos municipales o bien en los usos internacionales del comercio (*lex mercatoria* o ley de mercaderes).

222. Expansión de la competencia de las cortes reales. El soberano tiende paulatinamente a extender su potestad de justicia en el reino. La ambición del Canciller y de los jueces reales consiste en conocer el mayor número posible de asuntos, en razón de los beneficios que procuraba la administración de la justicia. Las Cortes reales estaban por otra parte llamadas a extender su competencia por los constantes requerimientos de los particulares, a quienes la justicia real les parece de mejor calidad que la de otras jurisdicciones, sólo a las Cortes reales tienen los medios efectivos para asegurar la comparecencia de testigos y para asegurar la ejecución de sus resoluciones. Por otra parte sólo el soberano y la Iglesia, pueden constreñir a sus vasallos a prestar juramento; las cortes reales pudieron, por ello, precisamente modernizar su procedimiento y someter el proceso de las controversias a un jurado,⁹ en tanto que las otras jurisdicciones estaban fatalmente condenadas a conservar un sistema probatorio arcaico.

Por efecto de estas diversas causas en el ocaso de la Edad Media, las cortes reales fueron las únicas que pueden desarrollar su jurisdicción y prevalecer de hecho como las únicas cortes que podían administrar justicia. Las jurisdicciones señoriales asociaron su suerte al destino de las Cortes de los Hundred, las jurisdicciones municipales o comerciales sólo son recurridas para controversias de poca cuantía y finalmente las jurisdicciones eclesiásticas sólo son competentes en controversias relativas al sacramento del matrimonio o a la disciplina del clero.

223. Procedimiento para acudir a las cortes reales. Las cortes reales se convirtieron, sin embargo, hasta siglo XIX en “jurisdicciones de derecho común”, en el sentido francés del término. Hasta 1875 permanen, en teoría, cómo jurisdicciones de excepción. Someter una controversia a las Cortes reales no es un derecho de los particulares. Es un privilegio, del cual se tiene que solicitar el beneplácito, y que la autoridad real sólo acuerda conforme a su buen entendimiento.

En principio, quien solicita este privilegio debe dirigirse al Canciller de la Corona, a quien debe solicitarle la deliberación de un writ (breve), a través del las jurisdicciones reales pueden ser recurridas mediando el pago de derechos a la Cancillería. Se puede también recurrir directamente a los jueces, por vía de queja o a petición de parte (querela, billa). Algunos writs parecen precisamente haber sido la simple cristalización de una práctica jurídica fundada en estas quejas.¹⁰

Obtener de la Cancillería real el otorgamiento de un writ, o convencer a los jueces si conocieran de la acción intentada por vía de queja, tiene por si solo sus propias dificultades. La autoridad real no es lo suficientemente poderosa en el siglo XIII para que el Canciller real pueda otorgar un writ, o que los jueces acepten resolver en todos los casos. Durante un largo periodo de tiempo, fue necesario, antes de emitir el writ ponderar la oportunidad de obsequiarlo conforme a las consideraciones prevalecientes; empero, el número de precedentes en los que un writ era

9 Sobre las condiciones bajo las cuales apareció el jurado en Inglaterra y la influencia considerable que ha tenido hasta nuestros días esta institución, véase C. J. Hamson et T. F. T. Plucknetl, *The English trial and comparative law*, 1952; R. V. Turner, *The Origins of the Special Jury*, 1983, 50 *Univ. Chicago Law Rev.* 137-221; J.R. Spencer, *La Procédure Pénale Anglaise*, 1998.

10 J. H. S. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3e. éd., 1990; S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the common law*, 2e éd., 1981; J. H. Baker, *Original Writs and Mesne Process*, 1978.

obsequiado sin mayor trámite (*brevia de cursu*) con el tiempo creció lentamente. La primera lista elaborada en 1227, sólo contenía 56 fórmulas-modelo que aumentó a 76 hasta 1832, año en el cual el sistema será profundamente reformado. La expansión de la competencia de las Cortes reales no debe sin embargo ser evaluada en base al crecimiento de la lista de las *brevia de cursu*. Contrariamente a lo que se había pensado y que por mucho tiempo se enseñó, la expansión de la competencia no se debió a la ley de 1285, que se conoce cómo el Segundo Estatuto de Westminster (*Statute of Westminster II*), que autorizó al Canciller a conceder writs in consimili casu; en efecto el Segundo Estatuto de Westminster posibilitó al Canciller real a conceder los writs, en controversias similares en las que con anterioridad ya los hubieran concedido. La expansión de la competencia de las Cortes reales se utilizó otra técnica: el demandante, en recurrir a la instancia (*declaration*), exponía al detalle los hechos en la especie (*case*), y solicitaba a los jueces reales, en consideración a la exposición de estos hechos, de otorgar su beneplácito para conocer de la controversia las acciones por las cuales los jueces admitieron su competencia, fueron denominadas cómo acciones *super casum* (*actions on the case*). Estas acciones *super casum* con el paso del tiempo se fueron diversificando y recibieron nombres especiales, según los hechos que motivaban su concesión: acción *d'assumpsit*, de *deceit*, de *trover*, de negligencia, etc.

224. Remedies precede rights. El procedimiento que se substancia ante las Cortes Reales de Westminster varía según la forma en que se inicia la acción. A cada writ corresponde un procedimiento específico que determinaba la secuela de los actos procesales que deberían ser satisfechos, la forma de resolver incidentes, la posibilidad de representación de las partes, las condiciones de recepción de las pruebas, las modalidades de su administración y las medidas para ejecutar las sentencias. Es el procedimiento el que determina la terminología que debe emplearse para referirse a la parte actora y a la parte demandada; de emplearse la misma terminología en otra clase de procedimiento conduciría inevitablemente a resultados totalmente equivocados. En cierta clase de acciones se tenía recurso a un jurado; en otras, empero no era el caso, no existía jurado, pero se admitía la prueba por compurgación (*wager of law*): la acción se daba por no probada, si la defensa hubiera generado un cierto número de pruebas a cargo de “testigos”,¹¹ quienes deberían corroborar su credibilidad bajo juramento. En esta clase de acción, el defensor puede ser condenado por contumacia, lo que no podía ocurrir en otras clases de acciones. El mismo sistema era válido para otras acciones *on the case*, que se resolvían conforme al procedimiento propio del writ que se considerara como el más apropiado al caso concreto; el procedimiento generalmente recurrido era el que determinaba el writ of trespass, que se consideraba como el writ más moderno y el más satisfactorio.¹²

Es necesario poner especial énfasis en la importancia primordial que los temas de procedimiento han tenido, en estas condiciones, en Inglaterra. En tanto los juristas del continente europeo habían concentrado sus análisis fundamentalmente en la determinación de los derechos y obligaciones de cada una de las partes en el proceso (reglas de fondo), los juristas ingleses por su parte, lo han hecho sobre los planteamientos de procedimiento.

¹¹ *Compurgators or oath helpers*.

¹² F. W. Maitland, *The Forms of Action at common law*, 2e éd., 1948, p. 52; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3e éd., 1990, ch. 4.

Remedies precede rights: el procedimiento en primer término. El sistema de derecho del *common law* ha consistido desde sus orígenes en un determinado número de procedimientos (forms of action) a través de los cuales se puede pronunciar una resolución. El planteamiento crucial consistía en que las Cortes reales admitieran su competencia la demanda y, una vez admitida, de llegar hasta su conclusión a través de un procedimiento lleno de un gran formalismo. ¿Cuál sería después de agotar el procedimiento el sentido de la sentencia? No se podría atribuir a esta interrogante ninguna respuesta cierta: el *common law* no ha determinado más que muy lentamente las reglas que definen los derechos y las obligaciones de cada una de las partes.

225. El interés actual de estos desarrollos históricos. Las circunstancias bajo las cuales se ha formado el *common law* no revisten exclusivamente un interés histórico. Desde cuatro diferentes perspectivas se puede percibir cómo el *common law* ha marcado en forma significativa al derecho inglés y, hasta nuestros días, es posible percibir que esta influencia continua. La primera de la perspectiva condujo a los juristas ingleses a concentrar su interés en el procedimiento; la segunda determinó un cierto número de categorías y sirvió para forjar un determinado número de conceptos en el derecho inglés. La tercera perspectiva condujo a refutar la distinción entre derecho público y derecho privado y la cuarta y última perspectiva, pudo generar una barrera infranqueable en la recepción en Inglaterra de categorías y nociones del derecho romano. En los siguientes párrafos se expondrá estas perspectivas con mayor precisión.

226. La concentración del interés sobre el procedimiento. La mayor preocupación de los juristas en Inglaterra no fue, hasta el siglo XIX, determinar el sentido de la resolución, que se pudiera estimar como justa, en la solución de controversias. El postulado que ha gobernado el derecho inglés se resume en la frase: “Remedies precede rights”. Toda la atención de los juristas ingleses se concentró durante un periodo importante de tiempo en los distintos procedimientos preñados de muchos formalismos, que estaban determinados por diferentes writs. El procedimiento que finalmente prevaleció, tenía un objetivo único: formular las interrogantes de hecho que resolvería un jurado. No debe soslayarse que todavía en 1856 en todas las acciones iniciadas ante las cortes del *common law* conllevaba la presencia de un jurado; los otros procedimientos, todos ellos desactualizados, que no implicaban la presencia de un jurado, habían sido paulatinamente abandonados. El desarrollo del derecho inglés estuvo profundamente marcado por la preeminencia de estas consideraciones procedimentales.

Es en el marco constituido por los diversos procedimientos puestos a disposición de los litigantes por las Cortes reales que hubo que organizarse que fue posible desarrollar el derecho inglés; el cual, según lo ha sostenido Sir Henry Maine (1822-1888), tal pareciera como si hubiera sido “producido en los intersticios del procedimiento”.¹³ El *common law* no es un sistema que tenga cómo vértice proteger los derechos, consiste esencialmente en reglas de procedimiento que se estiman adecuadas para asegurar, en un número cada vez mayor de casos, la resolución de litigios conforme a la justicia. Con la pretensión de realizar una descripción total del derecho inglés, un autor del siglo XII, Glanvill (hacia 1187-1189) y otro autor del siglo XIII, Bracton (en 1250), expusieron con toda naturalidad (en latín), sus principios, estudiando sucesivamente los

¹³ Sir Henry S. Maine, *Early Law and Custom*, 1861, p. 389. Esta obra ha sido traducida al francés bajo el título: *L'ancien droit considéré dans ses relations avec l'histoire des sociétés primitives et avec les idées modernes*, 1874.

diferentes writs a través de los cuales las Cortes de Westminster podrían ser recurridas; las crónicas judiciales escritas en francés forence, conocidas bajo el nombre de Year Books,¹⁴ reseñan el derecho inglés de 1290 a 1536, y desarrollan sus análisis, poniendo el énfasis en el procedimiento y omiten con frecuencia indicar la solución dada al fondo del litigio.

227. Ilustración a través del derecho de los contratos. Se puede considerar para ilustrar el desarrollo artificial del derecho inglés, la historia del derecho de los contratos.¹⁵ En el siglo XIII los contratos eran de la competencia de variadas jurisdicciones: eclesiásticas, municipales o comerciales. Un dato cierto consiste en destacar que las Cortes de Westminster no eran la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales. Glanvill lo expresó no con cierto candor: “Las convenciones privadas no están, en forma general, protegidas en las Cortes de nuestro señor rey.” No existía ningún writ, ningún procedimiento de naturaleza contractual a través del cual se podía recurrir a las cortes reales. ¿Qué debía de hacerse para hacer cumplir coactivamente con su obligación al deudor?

En algunos casos se antepondría el primado de la propiedad: el inquilino, el acreedor, el depositario, el transportista, serían llamados a juicio no en razón del incumplimiento de sus obligaciones, sino en razón de la carencia de título legítimo para poseer una cosa, cuya propiedad pertenecía a otro; una acción especial, el writ of detinue, se implementó para darle cauce a estas controversias. En otros supuestos, la obligación de ejecutar forzosamente la promesa de contrato, se realizaba no por el incumplimiento del deudor, sino en función del documento suscrito por éste último. En efecto, la promesa de contrato se plasma en un documento que condiciona su existencia a la forma: el deudor sería demandado por lo tanto a través de la acción de deuda (Writ of Debt) en razón a haber suscrito un documento formal y abstracto, en el que ha adquirido el carácter de deudor, sin que al efecto se tenga cuidado de saber si hubo de su parte un verdadero consentimiento.

El Writ of Detinue y el Writ of Debt comprenden supuestos particulares, y los procedimientos que les fueron articulados a estos writs no resultaron del todo satisfactorios. Por esta doble razón los juristas ingleses se vieron en la necesidad de procurar en otros ámbitos desarrollar de forma más general un derecho de los contratos; la consecución de este propósito se obtuvo empleando a su vez otro procedimiento el writ de trespass. El writ de trespass tiene por objeto sancionar una acción de naturaleza delictiva: la acción que el demandante ejerce en defensa de su persona, de sus propiedades o de sus bienes. Esta acción carece de un vínculo estrecho con el derecho de los contratos; sin embargo los litigantes ingleses se esmeraron en convencer a las Cortes que, en ciertos supuestos, cuándo existen vínculos contractuales y existe incumplimiento de las obligaciones contraídas, los hechos en la especie deberían merecer el mismo tratamiento jurídico que otros hechos similares que hubieran sido resueltos como trespass. Las Cortes reales, gradualmente admitieron esta pretensión; empezaron por sancionar las convenciones contractuales en casos de misfeasance que se refiere al hecho de que una de las partes

14 J. Lambert, *Les Year Books de langue française*, 1929. Los Year Books parecen haber tenido la misma función que las reproducciones en extensil que emplean los estudiantes franceses de derecho. Algunos de ellos fueron impresos desde el año de 1482. Una edición general fue hecha en 1679 por Maynard: *Reports del Cases en Ley*. Una edición crítica al inicio del siglo XX se realizó bajo los auspicios de la Selden Society. Véase J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 1990, p. 204.

15 R. David et D. Pugsley con la colaboración de F. Grivart de Kerstrat, *Les contrats en droit anglais*, 2a. ed., 1985.

contratantes hubiera ejecutado parcial o erróneamente sus obligaciones contraídas en un contrato y con ello haber provocado un daño a su cocontratante o a uno de sus bienes. Más de un siglo hubo que transcurrir con el mecanismo de la *misfeasance*, antes que las cortes aceptaran sancionar el supuesto de la *non-feasance*: que consiste en el incumplimiento absoluto puro y simple de las obligaciones contraídas por una de las partes contratantes. Empezó a resultar delicado admitir únicamente procedente la demanda que ejercitase la acción de *trespass on the case* en ciertos supuestos, cuándo la parte actora hubiese ejercitado la acción de *debt*. Se aceptó por lo tanto una nueva acción, llamada en adelante acción de *assumpsit*, cuándo la parte demanda hubiere asumido contractualmente la obligación de ejecutar las obligaciones contraídas (*special assumpsit*); en 1602 el ciclo evolutivo concluyó con el llamado *Slade's case*, las Cortes reales habían resuelto en considerar que en toda promesa existía la obligación implícita de ejecutarla (*indebitatus assumpsit*). Hubo que realizar esfuerzos substantivos y prolongados para que la acción de *assumpsit*, que proviene de la acción delictiva de *trespass on the case*, se pudiera depurar de las reglas relativas de origen delictivo: la intransmisibilidad de la acción, la necesidad de probar la culpa, la necesidad de determinar en forma precisa el monto del perjuicio resultante de la inejecución de la obligación.

228. Categorías y conceptos del derecho inglés. Las formas de las acciones de las que se ha dado cuenta, fueron abolidas hace más de cien años, pero las reglas y categorías del derecho inglés conllevan aún con frecuencia, la inercia de esas resistencias que, en el ámbito del procedimiento, se han opuesto a un desarrollo racional de instituciones. “Hemos abolido las formalidades de las acciones”, decía Maitland, “pero nos gobiernan aún desde sus tumbas”.¹⁶

A esta frase se le debe dar su justo valor. A este efecto conviene nuevamente referirse al derecho de los contratos. El *common law* sólo admitía como sanción por la inejecución de las obligaciones contraídas en los contratos, los daños y perjuicios, ya que la antigua acción de *assumpsit*, reproducida sobre el modelo de la acción de *trespass*, únicamente podía acordar el pago de daños y perjuicios.¹⁷ Es importante destacar que la noción de contrato en Inglaterra comprendía únicamente, conforme a la literatura inglesa, los contratos que, hasta mediados del siglo XIX, hubieren sido sancionados por la acción de *assumpsit*. Por lo tanto, dentro de la noción de contrato (*contract*) estaban excluidos los contratos a título gratuito, o bien los contratos destinados a procurar la restitución de un bien, en los que la parte actora era el propietario (que comprende los contratos de arrendamiento, depósito, mutuo y transporte), ni tampoco los contratos que conforme al derecho inglés están conceptuados dentro de la figura del “*trust*”.

En el ámbito de la responsabilidad extra contractual o delictiva (*law of torts*) la inercia del pasado es aún mas vigorosa. El derecho inglés no prevía una fórmula general, que vinculara a la responsabilidad delictiva o extra contractual a la noción de culpa o la de guarda y custodia de ciertos bienes. En este ámbito el derecho inglés admitía únicamente supuestos específicos de responsabilidad extra contractual comprendidos en delitos civiles tales cómo: *deceit*, *trespass*,

¹⁶ F. W. Maitland, *The Forms of Action at common law*, 1909, reimpresión en 1962, p. 2.

¹⁷ Sin embargo, existen igualmente los *remedies of equity* (*equitable remedies*), como lo es la *specific performance* conforme al cual el acreedor puede haberle solicitado al tribunal que el deudor cumpliera con su obligación. Véase J. C. Montanier et G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, 1999, p. 19.

nuisance, conversión, y libel and slander y rule Rylands v. Fletcher. Un número importante de estos delitos especiales correspondía a antiguos writs; otros delitos civiles, introducidos por las acciones on the case, tienen un origen más reciente. Lo que resulta importante destacar es la dificultad que tienen los juristas ingleses para sustraerse de las rutinas intelectuales que se adoptaron desde los procedimientos de antaño; un principio general de responsabilidad delictiva ha sido admitido con muchas reticencias; desarrollando un delito especial (negligence) y que junto con este principio, se conservan actualmente, un cierto número de reglamentaciones autónomas, para diversos casos en donde un delito tipificado ha sido cometido.

229. La disminución del derecho privado. Las jurisdicciones reales expandieron su competencia bajo la idea original que el interés de la Corona era el que justificaba su intervención. Otras jurisdicciones podrían ser recurridas si el interés exclusivo de los particulares estuviese inmerso. Estas jurisdicciones disminuyeron, y con ellas la idea misma de derecho privado desapareció de Inglaterra. Todos los litigios presentados en las Cortes reales inglesas aparecen, así, como litigios que de alguna forma son de derecho público.

La perspectiva del “derecho público” en el derecho inglés emerge en la técnica particular del writ, a través del cual se inicia la acción ante las Cortes reales. El writ no era una mera autorización para la actuación en juicio del demandante. Era técnicamente una orden pronunciada por el soberano a sus agentes, para que éstos ordenasen a la defensa actuar conforme a derecho y satisfacer las pretensiones del demandante. Si la defensa se rehúsaba a obtemperar, el demandante podía proceder contra el demandado. Su acción estaba fundada ante la Corte real, no tanto por la contradicción que el demandado oponía a la pretensión del demandante, sino por la desobediencia a una orden real que se le era imputaba a una orden de la administración. El proceso inglés es de derecho público. Evoca al procedimiento contencioso francés de anulación; persiste se debate si el acto administrativo, writ, emanado de la Cancillería real, había sido expedido fundadamente y si la orden que se le hubiere dado al demandado debía o no mantenerse. A diferencia del procedimiento francés de anulación, en el procedimiento inglés, no es el perjudicado por el acto administrativo quien va solicitar su anulación; es el que lo ha obtenido quien, para prevalerse de ello, va a intentar una acción para que este acto que le resulta favorable sea confirmado.

230. Imposibilidad de recibir el derecho romano. En los países del continente europeo las jurisdicciones tradicionales no se disminuyeron, como fue el caso en Inglaterra. Las jurisdicciones solamente estuvieron sometidas, cada vez más, a la preponderancia del poder real. Desde su origen se admitió que conocerían de todas las controversias; su competencia jamás se vio limitada a cierta categoría de asuntos, en los que se involucrase en cada uno de ellos el empleo de un procedimiento particular. Liberadas las jurisdicciones de estos impedimentos, pudieron sin mayor obstáculo modernizar su procedimiento, tomando como modelo el nuevo procedimiento escrito del derecho canónico. Al tener las jurisdicciones una competencia general, pudieron igualmente considerar de forma sistemática el problema de la justicia, y dejarse conducir, al respecto por el modelo del derecho romano.

La situación fue diferente en Inglaterra; sobre todo si se tiene presente que las Cortes de Westminster no eran más que jurisdicciones de excepción, competentes exclusivamente en casos excepcionales y en donde para cada caso existía un procedimiento particular.

La necesidad de plegarse a estos marcos procesales rígidos, impidió la recepción de los conceptos del derecho romano, en la misma época en que la que las Cortes de Westminster, habían extendido su competencia original, y habían adquirido fácticamente múltiples

jurisdicciones; al hacerlo se vieron obligadas de conocer en forma rutinaria controversias de derecho privado. Los procedimientos arcaicos, típicamente ingleses, obligaron caso por caso a “naturalizar” las ideas que podían tomarse, en cuanto al fondo, al derecho romano o al derecho canónico. Era tal la complejidad y la técnica de estos procedimientos que sólo a través de la práctica se podían conocer. Una formación universitaria, fundada en el derecho romano, podía contribuir a visualizar la resolución justa que implicaba una controversia; más no permitía ganar un proceso. Juristas y jueces, en Inglaterra, se forman incluso hasta nuestros días esencialmente en la práctica, a diferencia de los países del continente europeo; una formación universitaria no resultaba necesaria, y es en forma excepcional que un abogado o un jurista hubiera, hasta el siglo XX, recibido esta formación. Actualmente se requiere de un diploma universitario para ingresar a la barra de abogados, pero no forzosamente un diploma de derecho.

SECCIÓN 3 LA RIVALIDAD CON LA EQUITY (1485-1832)

231. La esclerosis del *common law*. El *common law* fue elaborado dentro de una estricta dependencia de los procedimientos formalistas y estuvo expuesto a un doble riesgo: el primer riesgo consistente en verse impedido de desarrollarse con la suficiente libertad para dar satisfacción a las necesidades de la época, y el segundo consistente en una esclerosis atribuida a la rutina de las personas que aplican la ley. Después de haber experimentado una expansión significativa en el siglo XIII, el *common law* no pudo escapar a ninguno de esos dos riesgos, lo que a su vez lo hizo correr adicionalmente otro riesgo grave: la formación paralela de un sistema rival, que en el transcurso del tiempo terminaría por asfixiarlo y suplantarlo, en forma semejante que el antiguo derecho civil en Roma, en la época clásica, se vio suplantado por el derecho pretoriano. Este orden normativo rival que será objeto de nuestro análisis, es la equity.

La competencia acotada de las jurisdicciones reales pudo llegar a ser tolerable mientras existiera paralelamente a las cortes de *common law*, otras jurisdicciones, que tenían competencia para sentenciar en el supuesto en que no existiese remedio alguno en el *common law*. El declive y la desaparición de estas otras jurisdicciones hicieron necesario encontrar un nuevo correctivo a las insuficiencias del *common law*.

232. Recurso ante la autoridad real. Los obstáculos que se presentaba en la administración de la justicia impartida por las cortes de Westminster tuvieron como resultado inevitable que a un número significativo de controversias no se les daba una solución justa. En estas controversias al espíritu de la parte afectada le asistía una última posibilidad de obtener justicia: recurrir directamente al monarca, fuente de toda justicia y de gracia. En estos supuestos se estimaba que las jurisdicciones reales no habían administrado correctamente la justicia; el monarca en consecuencia debía superar el deficiente funcionamiento de la justicia de sus cortes. Este recurso supremo que se presentaba ante el monarca, dentro de los postulados de la Edad Media, se entendían en forma natural, y las cortes reales no se llamaban a sorpresa cuándo una las partes contendientes solicitaba al monarca el empleo de esta “prerrogativa”. En último término las cortes reales debían ellas mismas su desarrollo a la implementación de este mismo principio, consistente en recurrir al monarca, en supuestos excepcionales, para obtener justicia.

Desde el siglo XVI, en consecuencia, todo particular que no hubiera podido obtener justicia de las cortes reales o que el resultado por estas cortes le hubiese sido desfavorable, podía acudir al

monarca para solicitarle la gracia, de intervenir en su causa, con el ánimo de "... de satisfacer su conciencia y como obra de caridad". El recurso, en casos similares, se substanció ante el canciller; éste lo transmitía, si le parecía oportuno, al monarca, quien resolvía en su Consejo este recurso.

Si bien perfectamente justificado, y aceptado sin reproche alguno en tanto que conservara su carácter excepcional, este recurso al institucionalizarse se convirtió en una fuente constante de conflictos ya que desarrollaba un sistema de reglas jurídicas, en franca oposición al estricto sistema de derecho del *common law*.

Esto fue lo que terminó por ocurrir en ocasión de la guerra de las Dos Rosas,¹⁸ debido a las dificultades que supuso para celebrar las reuniones del Consejo. Por lo que el Canciller, a partir del siglo XV, se transformó lentamente en un juez autónomo; decidía sólo y a nombre del rey y del Consejo, quienes le habían delegado su autoridad. Su intervención, por otro lado, era requerida cada vez con mayor frecuencia por los obstáculos del procedimiento y la rutina de los jueces, oponían al desarrollo deseable del *common law*. Sus resoluciones, que originalmente se fundaban en "la equidad del caso específico", se empezaron a transformar paulatinamente y en forma más sistemática, aplicando doctrinas "de equidad" que conllevaban anexos, y correcciones, a los principios "jurídicos" aplicados por las cortes reales.

233. La equity bajo la dinastía de los Tudor. El régimen absolutista de la dinastía de los Tudor en el siglo XVI, se fundamentó en el uso extensivo de la "prerrogativa" real. En materia penal, la famosa sala "de las estrellas" (*camera stellata*, *Star Chamber*) llegó a constituirse en una terrible amenaza para la libertad de los súbditos, después de haber servido eficazmente para reestablecer el orden después de la guerra civil. En materia civil, la jurisdicción de la equity del canciller que se fundaba igualmente sobre la prerrogativa real, adquirió también una extensión considerable. El canciller, desde 1529 no es más el confesor del rey y un eclesiástico; es cada vez más un jurista. Examinaba las peticiones que le eran dirigidas como un verdadero juez, pero que se substanció conforme a un procedimiento, fundada en el derecho canónico que era completamente diferente en sus principios, al procedimiento que servía de fundamento a las cortes del *common law*. Estos principios en el fondo eran, en gran medida, similares a los del sistema de derecho romano germánico y al sistema de derecho canónico. Estos principios de manera general proporcionaban una mayor satisfacción al sentimiento del interés social y de búsqueda de justicia en los tiempos del Renacimiento que las reglas arcaicas y obsoletas del *common law*. Por su celo de justicia y de buena administración, los soberanos de Inglaterra mostraron en esa época, su preferencia por la jurisdicción del canciller.

Consideraciones también de orden político pudieron haber influido en esta preferencia. El procedimiento escrito, secreto e inquisitorio de la Cancillería, en el que no participaba un jurado, pudo haber parecido, a los soberanos celosos de su autoridad, preferible a los procedimientos orales y públicos del *common law*. Es la convicción de que con el derecho romano, adoptado por el Canciller, el absolutismo real pudiera ir a la par, la que pudo haber prevalecido; el derecho romano se reduce a un simple derecho privado. "Princeps legibus solutus est. Quod principi placuit, legis habet vigorem": ¿cómo resistirá la seducción de estos adagios que se encontraban

¹⁸ Nota del traductor. La guerra de las rosas tuvo lugar en Inglaterra por el control del poder entre la casa de York (que tenía como emblema una rosa blanca) y la casa de Lancaster (que tenía como emblema una rosa roja)

en el Digesto? Finalmente podría parecer más simple elaborar un sistema de administración de la justicia completamente novedosa, absolutamente necesaria en la época, que efectuar reformas dentro del sistema del *common law*. El derecho inglés estuvo muy próximo, en el siglo XVI, de unirse a la familia de derechos del continente europeo por el triunfo de la jurisdicción de equidad del canciller y al deterioro del *common law*.¹⁹ Existió un riesgo de que los litigantes dejaran de acudir a las cortes de *common law* y ver cómo éstas caían en desuso, al igual que hacía tres siglos lo habían hecho las cortes de County Courts y las Hundred Courts que habían sido abandonadas y caído en desuso, cuando las cortes de Westminster, en la plenitud de su esplendor, le habían ofrecido a los litigantes una justicia más moderna, administrada de acuerdo a un procedimiento superior a los procedimientos tradicionales.

234. Compromiso entre el *common law* y la Equity (1616). Fueron diversas circunstancias las que prevalecieron para que no prosiguiera el desarrollo descrito. La resistencia natural de la judicatura tuvo que ser ponderada por los soberanos; las cortes del *common law* habían formalizado, en defensa de su posición y de su obra, una alianza con el Parlamento, vinculados con las causas contrarias al absolutismo real. La deficiente organización de la jurisdicción atribuida al canciller, su obstrucción y su venalidad, fueron razones suficientes que abundaron en beneficio de sus detractores. Esta revolución, que hubiera conducido a Inglaterra a militar en la familia de los derechos romanistas, nunca acaeció; un compromiso había sido concluido para dejar subsistente, en un cierto equilibrio de fuerzas, las cortes del *common law* y la jurisdicción del canciller.

Este compromiso no resultaba de una ley, ni de una decisión formal tomada por la autoridad real o por la judicatura. Antes al contrario, al término de una controversia y la presencia de una gran violencia extrema,²⁰ que se suscitó entre las cortes del *common law*, encabezados por el juez en jefe Coke, en la época líder de la oposición liberal en el Parlamento, y la jurisdicción del Canciller. El rey Jacobo I, en 1616 se pronunció en favor de ésta última. Los Cancilleres tuvieron la sabiduría de no rebotarse por su victoria, no obstante sus alcances, neutralizando en esa forma la hostilidad de un Parlamento que ya había quedado plenamente satisfecho al obtener en 1641 la supresión de la sala “étoillée”. En lo concerniente a la Equity, se formalizó un acuerdo tácito para preservar el status quo. La jurisdicción del Canciller subsistiría, pero debía ser cauto de no expandir su competencia a expensas de las cortes del *common law*; éstas por su parte deberían de resolver de acuerdo a sus precedentes, y con ello debían liberarse del reproche de arbitrariedad que le se les había atribuido; se convino por otra parte que el monarca se abstendría en lo sucesivo de emplear su prerrogativa de justicia para crear nuevas jurisdicciones, independientes de las cortes del *common law*. La naturaleza misma de la Equity adicionalmente, va

19 F. W. Maitland, *English Law and Renaissance*, 1901. Es a los sistemas de derecho romano y canónico los que se invocan, no así el sistema de derecho inglés, cuando en el siglo XVII, las jurisdicciones actuantes en la India determinaron aplicar los principios “de la justicia, de la equité y de la conciencia”: J. D. M. Derret, “Justice, Equity and Good Conscience”, in J. N. D. Anderson, ed.: *Changing Law in Developing Countries*, 1965, pp. 114–153.

20 Las decisiones (*decrees*) de la Corte de la Cancillería no eran propiamente ejecutorias; su eficacia consistía en que procedía el encarcelamiento del delincuente o el embargo de sus bienes. Los abogados del *common law* se pronunciaron en relación a ello, alegando que quien se resistiera a esas medidas de ejecución, aún cuando privara de la vida al oficial encargado por el Canciller para ejecutarlas, actuaba en estado de legítima defensa. Véase J. BEAUTE, *Un grand juriste anglais: Sir Eduard Coke (1552 – 1634). Ses idées politiques et constitutionnelles*, 1975.

transformarse:²¹ el canciller, hombre político perteneciente a la judicatura, no pretendería resolver en lo sucesivo en nombre de la ley moral y debería comportarse en el futuro como un jurista. El control de la Cámara de los Lords sobre las decisiones de la Corte de la Chancillería, se admitió a partir de 1621. Las cortes del *common law* estuvieron dispuestas a admitir, en esas nuevas condiciones, las intervenciones del canciller, que vengan autorizadas por un precedente.

235. La estructura dual del derecho inglés. El derecho inglés, por esta razón reconoce a la fecha una estructura dualista. Paralelamente a las reglas de derecho del *common law*, que provienen de las cortes reales de Westminster, llamadas también cortes del *common law*, se pueden identificar los remedios de la equity, que permiten aportar complementos y retoques a las reglas del *common law*. La característica de los remedios de la equity hasta 1875, consistía en que éstos podían ser obsequiados exclusivamente por una jurisdicción especial, la Corte de la Chancillería. Las reglas referentes a los remedios de la equity entretanto se tornaron, al paso de los siglos, tan estrictas y tan “jurídicas”, como las del *common law*; su vinculación con la “equidad” resultaba similar al que conservaban las propias reglas del *common law*. La equity inglesa, en su origen respondía a la noción de la equidad tal como se le concebía en el siglo XVI y tal como en esa época le ha sido posible al Canciller darle efecto. Esta doble premisa debe tenerse presente en el análisis. Las cortes inglesas actualmente han mostrado una reticencia extrema a toda sugerencia que les anime a retomar la perspectiva creativa emprendida por el Canciller en el siglo XV y en el XVI, y desarrollar con audacia nuevas doctrinas de la equidad. Las cortes inglesas han estimado que la equity es un conjunto de reglas, que tuvieron su justificación histórica y corrigieron el derecho inglés pero que en la actualidad son parte integrante del derecho inglés. Las razones que en su época justificaron la intervención del Canciller carecen en la actualidad de validez; antes al contrario es una función propia del Parlamento ponderar si el derecho inglés requiere de adaptaciones. La seguridad de las relaciones jurídicas y la preeminencia del derecho se verían seriamente alteradas si, so pretexto de la equidad, los jueces aceptarían cuestionar la validez de las reglas de derecho en vigor; los jueces ingleses han expresado en forma inequívoca su determinación de no transitar por esta vía.²²

236. Absorción del derecho comercial por el *common law*. El siglo XVIII, época de formación del *common law*, y el siglo XVI, época en la que se desarrolla la equity, son las dos grandes épocas en las que se diseñan los rasgos característicos de la estructura del derecho inglés. El siglo XVII, después de la crisis que opuso al *common law* con la Equity, y el siglo XVIII contemplaron como pudo proseguir en armonía, sin colisiones espectaculares, el desarrollo del derecho inglés. Un hecho importante de destacar sin embargo es que en la segunda mitad del siglo XVIII, el derecho mercantil fue absorbido por el *common law*. El derecho mercantil había sido hasta entonces considerado en Inglaterra como un corpus de reglas de derecho, internacional por su naturaleza, aplicable sólo a comerciantes (merchants). Las antiguas jurisdicciones ad hoc del

21 D.E.C. Yale, *Lord Nottingham's Manual of Chancery Practice and Prolegomena of Chancery and Equity*, 1965. En la introducción el autor describe la transformación impuesta por la Equity en el siglo XVII.

22 Para evitar cualquier equívoco se evita en Inglaterra utilizar el vocablo *Equity* para referirse a lo que en los sistemas de derecho romano germánico se denomina “equidad”; el sistema de derecho inglés emplea los vocablos de “justice”, o de “fairness” o de “good conscience.”

comercio habían perdido, sin embargo, con el paso de los años su autonomía; esta evolución culmina en la segunda mitad del siglo XVIII, en la que se consumó en Inglaterra, la unificación de lo que actualmente se conoce como derecho civil y derecho mercantil; al integrarse el derecho mercantil al *common law*, sus instituciones dejaron de ser un privilegio de la clase de los comerciantes.

237. Doctrina y glosarios de jurisprudencia. La literatura más sobresaliente, en el periodo que se analiza, es la que se refiere a la doctrina, la obra de Littleton relativa a los Tenures, escrita en el último cuarto del siglo XV, y la obra de Coke, *Institutes of the laws of England* publicada en los años de 1628 a 1642. Resulta por igual muy interesante los trabajos de Fortescue, *De laudibus legum Angliae* (1470), y los diálogos sostenidos entre un partidario del derecho romano y otro del *common law*, publicados en 1523-1532 por Saint-Germain bajo el título “Doctor and Student”.²³

Por otra parte, resultan muy importantes para el conocimiento del *common law*, los repertorios de decisiones judiciales (reports), que asumieron el lugar de las antiguas crónicas de jurisprudencia de los Year Books, que fueron interrumpidos en 1535. Estos repertoriosglosarios contienen los precedentes en los que es posible identificar los orígenes de muchas instituciones del derecho inglés que conservan aún en la actualidad un interés de orden práctico. Estos glosarios han sido reimpresos, con excelentes tablas, en la colección fundamental de los English Reports.

La obra clásica, los *Commentaries on the Law of England* del autor Blackstone, describe el derecho inglés en la segunda mitad del siglo XVIII, en la época en que el *common law* tuvo su apogeo. Los Comentarios de Blackstone (1765-1769), reeditados intermitentemente y actualizados, son comparables con la obra de Pothier en Francia. Su influencia ha sido considerable en Inglaterra, y en todos los países de lengua inglesa, ya que estableció el marco del derecho inglés y contribuyó notablemente en la expansión y recepción de este derecho en los Estados Unidos de América.

SECCIÓN 4 EL PERIODO MODERNO

238. Reformas del siglo XIX. Después del siglo XIII y XIV, los siglos XIX y XX representan una época de transformación fundamental en la historia del derecho inglés.²⁴ Lo que marca la nueva época es sin duda, con el triunfo de las ideas democráticas y bajo la influencia de Bentham,²⁵ el desarrollo sin precedentes de la legislación inglesa. Una reforma sustantiva y de modernización del derecho inglés se llevó a cabo en el siglo XIX que generó una verdadera revolución atribuida específicamente a la relativa a las transformaciones radicales en el procedimiento, en los años

23 J. L. Barton, *St. German's Doctor and Student*, 1974.

24 Sobre la evolución del sistema de derecho inglés en el siglo XIX, cf. A.V. Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIXe siècle* (traducción francesa, 1906).

25 H. A. Hollond, “Jeremy Bentham” 10 *Cambridge Law Journal*, 1948, pp. 3-32; M. El'shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, 1970; G. J. Postema, *Bentham and the common law Tradition*, 1986.

1832-1833 y en 1852. El derecho inglés se había desarrollado hasta esa época dentro de los entornos del procedimiento constituidos por las diversas formas de acciones. Una vez liberados de los obstáculos del procedimiento, los juristas ingleses, al igual que sus homólogos del continente, abocaron sus análisis al fondo del derecho, bajo cuya base, las soluciones del *common law* tenderían a ordenarse en forma más sistemática.

La organización judicial, por otra parte, se modificó sustancialmente en 1873-1875 por las Judicature Acts, creando una nueva Corte: la Corte Suprema de la Judicatura (Supreme Court of Judicature), y con ello se suprimió la distinción formal de las cortes del *common law* y de la Corte del Equity de la Cancillería: todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del Equity, contrariamente al status quo ante que obligaba a comparecer ante una Corte del *common law* para obtener la aplicación del *common law*, y ante la Corte de la Cancillería para obtener un recurso de Equity.

En lo que concierne al fondo del derecho, se obtuvo un avance sustantivo en la abrogación de leyes obsoletas y ordenación (consolidation) de las reglas de derecho, eliminando del derecho inglés las soluciones arcaicas y mediante un gran esfuerzo, en muchos ámbitos, se logró presentar las reglas de forma sistemática. La importancia de la obra de la legislación, que se alcanzó en el siglo XIX, no le hizo perder al derecho inglés su aspecto tradicional: ninguna codificación a la francesa intervino y el desarrollo del derecho inglés mantuvo esencialmente la obra de las cortes; el legislador abrió nuevas posibilidades y trazó nuevas orientaciones, el legislador per se en la práctica, no crea un nuevo derecho. Ningún autor alberga la ambición, como en su época lo hicieron Glanvill, Bracton, Coke y Blackstone, de describir el conjunto de un derecho que refleja la complejidad de las relaciones de la civilización moderna. Los instrumentos esenciales del conocimiento del derecho inglés son a partir de esa época, en lo que se refiere a jurisprudencia y legislación, la nueva colección de Law Reports (creada en 1865), en lo que concierne a la exposición sistemática del derecho inglés, la enciclopedia de *Laws of England*, publicada bajo la dirección del Lord Halsbury.²⁶

239. Siglo XX: el *common law* en la época del Welfare-State. El movimiento de modernización iniciado en el siglo XIX, se desarrolló durante el siglo XX con nuevas características. Una corriente socialista con miras a establecer la sociedad sobre nuevas bases, se substituyó a la corriente liberal, dominante hasta 1914. El *common law* experimentó por este hecho una grave crisis, ya que los procedimientos de elaboración casuística y jurisprudencial que lo habían caracterizado desde sus orígenes, se acoplaban con dificultad a la voluntad de efectuar en la sociedad profundas y rápidas transformaciones. A fines del siglo XX, a medida que el país se reencauzaba hacia un mayor liberalismo, se hizo igualmente imperativo reglamentar la vida de los ciudadanos y las actividades de las empresas.

Leyes y procedimientos adquirieron una importancia desmesurada comparativamente a la antigua concepción. La elaboración de reglamentos administrativos y su aplicación conllevó nuevos planteamientos y suscitó una infinidad de litigios entre la administración y los ciudadanos. Paralelamente a las cortes que forjaron el *common law*, se crearon múltiples organismos que hubieron de ser desplegados para resolver controversias, suscitadas por la aplicación de las nuevas leyes; ello se implementó ya que la competencia de las cortes

26 4a. Edición en 56 volúmenes, por Lord Hailsham.

tradicionales estaría hipertrofiada para conocer de controversias, lo que provocaba cuestionamientos sobre su pericia en la consecución de los propósitos anhelados. Las mismas consideraciones prevalecientes en Francia y en otros países llevaron a Inglaterra a introducir tribunales administrativos. A los tribunales administrativos en Inglaterra no se les confirió una jerarquía autónoma en cuanto a su jurisdicción; sin embargo es necesario tener presente en el espíritu que un número considerable de controversias, no inferior en cuanto al número sujeto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, fueron encauzadas a organismos en donde los juristas estuviesen asociados a personas ajenas a la formación de juristas, o donde incluso los juristas podrían estar ausentes de estas controversias. Estas controversias analizadas y resueltas, conforme a una metodología y a un espíritu que definitivamente no corresponde a los del *common law*.²⁷

Para resolver los problemas inherentes del Welfare State pareciera que los derechos romanistas del continente europeo, militantes de la elaboración legislativa y doctrinal del derecho, se encontraban mejor posicionados que el derecho inglés. Un movimiento de aproximación se dibuja así entre el derecho inglés y los derechos del continente europeo; este movimiento obedece a las necesidades del comercio internacional, y se encuentra estimulado por una conciencia más clara de las afinidades que existen entre los países europeos vinculados a valores específicos de la civilización occidental. El ingreso de Reino Unido en la Unión Europea, en 1972, le dio a esta tendencia un nuevo impulso.²⁸ Es necesario también ponderar otro gran cambio acaecido en derecho inglés, en los últimos tiempos: las reformas constitucionales, influidas profundamente por el derecho europeo.

240. Fin del siglo XX: las reformas constitucionales en Reino Unido. Aunque esta parte del libro esté dedicada al derecho inglés, que difiere del derecho de Irlanda del Norte, es importante examinar los desarrollos constitucionales del Reino Unido. Las reglas constitucionales han sido profundamente modificadas en estos últimos años, a tal grado que un prestigiado autor británico pudo llegar a observar que el gobierno británico había inaugurado “una verdadera y apasible revolución constitucional”.²⁹ Estas reformas se refieren a la restitución de poderes a las asambleas en Escocia y en Gales, la creación de una asamblea en Irlanda del Norte, y la incorporación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre por la Human Rights Act de 1998.

El gobierno británico ha honrado su compromiso de descentralizar el poder gubernamental.³⁰ La Scotland Act 1998 creó un parlamento en Edimburgo, elegible cada cuatro años, que dispone de extensos poderes que le permiten legislar en numerosos y variados ámbitos, tales como la enseñanza pública, la salud y las instituciones penitenciarias.³¹ El Parlamento escocés ejerce

27 M. Fromont, *Los Administrative Tribunals en Gran Bretaña*, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1977, 8, 505; R. White, *The English Legal System in Action: The Administration of Justice*, 3a. ed., 1999; S. Flogaitis, *Administrative Law et droit administrative*, 1986; P.P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999, capítulo 9; C. Harlow y R. Rawlings *Law and Administration*, 2ª. ed., 1997, capítulo 14; H.W.R. Wade y C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8ª. ed., 2000, capítulo 24.

28 R. David y X. Blanc-Jouvan, *Droit anglais*, pp. 18 y 19, PUF, Coll. Que sais-je.

29 J. Bell, “La Révolution constitutionnelle au Royaume-Uni” *RD publ.* 2000, pp. 413 y 427.

30 J. Bell, “La Révolution constitutionnelle au Royaume-Uni” *RD publ.* 2000, pp. 427 y 436.

31 Sobre la actividad del Parlamento escocés, véase el portal Internet: www.scottish.parliament.uk

igualmente una competencia fiscal que le permite modificar la tasa del impuesto sobre la renta. El Ejecutivo, cuyo mandato proviene de la ley, está compuesto de un primer ministro escocés, de law officers³² y de ministros nombrados por el primer ministro.

En Gales, la Government of Wales Act 1998 creó la Asamblea Nacional para Gales. Esta Asamblea tiene poderes reglamentarios, pero contrariamente al sistema escocés, no dispone de poderes legislativos,³³ ni de competencia fiscal. La Asamblea en la actualidad detenta casi todos los poderes que pertenecían al premier ministro británico, particularmente en materia de salud y educación. El Ejecutivo se compone de un primer secretario y de los secretarios nombrados por la Asamblea, quienes son también los presidentes de las comisiones de la Asamblea. Cada comisión está al cargo de una materia, tal como la educación, o el medio ambiente.

Finalmente, la Northern Ireland Act 1998 creó una asamblea norirlandesa, que tiene competencia legislativa en los ámbitos que pertenecían antes al ministerio de Irlanda del Norte: la agricultura, la vivienda, la educación, la salud y los servicios sociales.³⁴

La creación de las asambleas en Edimburgo, Cardiff y Belfast significa un desarrollo importante en la descentralización de los poderes de Reino Unido. El Parlamento de Westminster comparte en lo sucesivo su poder en ámbitos importantes con las tres asambleas de las cuales, dos de ellas, tienen poderes legislativos. Pero se trata de una evolución asimétrica: las tres asambleas tienen poderes diferentes, y la descentralización de las regiones inglesas no está todavía determinada. Virtualmente es una mezcla de “federalismo que transita en diferentes velocidades”,³⁵ que da cuenta de un gran pragmatismo, y que se encuentra muy alejado del modelo de otros países federales, como el de la República Federal de Alemania.

El segundo aspecto de estas reformas constitucionales vierte sobre la protección de los derechos fundamentales.³⁶ Aún cuando Reino Unido haya sido el primer Estado miembro del Consejo de Europa en ratificar la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en 1951, esta ratificación no asegura per se la protección de los derechos del hombre. Conforme al derecho constitucional clásico de Reino Unido, una convención internacional no forma parte del derecho interno de Reino Unido en tanto que no haya sido incorporada por una ley específica prevista a tal efecto.³⁷ Hasta épocas recientes, las jurisdicciones británicas no habían podido aplicar directamente los derechos protegidos por la Convención.³⁸ Esta posición tradicional, fue

32 Lord Advocate and Solicitor. General for Scotland.

33 Véase el portal Internet de la *National Assembly for Wales*: www.wales.gov.uk

34 Para más información, véase el portal Internet de la Asamblea: www.niassembly.gov.uk

35 J. Bell, “Les réformes constitutionnelles relatives à l’Écosse, au Pays de Galles et à l’Irlande du Nord” *RFD const.* 1999, pp. 179, 190.

36 J. Bell, “Les droits fondamentaux” *RFD const.* 1999, pp. 187-190; J. Bell, “La Revolution constitutionnelle au Royaume-Uni” *RD publ.* 2000, pp. 427-431; L. Zucca, “Human rights act 1998. Point de vue d’un juriste continental” *L’Astrée: Revue de droit pénal et des droits de l’homme*, juillet 2000; P. Mabaka, “L’incorporation de la Convention européenne des droits de l’homme dans l’Ordre juridique britannique” *Rev. trim. Dr.hom.*, 2000, 11.

37 *Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 476-477 (Lord Templeman)

38 Aún cuando la Convención europea no hubiese sido incorporada en derecho interno a través de una ley de implementación, ha llegado a tener una influencia considerable en el derecho inglés. Los jueces ingleses ya habían tomado en consideración la Convención, cuando estaba aún pendiente de ser incorporada al sistema de derecho; de igual manera a la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos del hombre. La referencia a esta Convención se ha hecho como una fuente de principios generales del derecho propicia para superar la ambigüedad de una ley (véase M. Hunt, *Using Human Rights in English Courts*, 1997). Los tribunales ingleses han aplicado también esta

modificada por la Human Rights Act 1998, que se encuentra en vigor a partir del 2 de octubre de 2000.³⁹

Al incorporar esta Convención en el derecho inglés,⁴⁰ se hizo imperativo respetar el principio tradicional, conforme al cual el Parlamento es soberano y está legitimado para legislar en cualquier ámbito. El legislador inglés no pudo en consecuencia conferir al juez la posibilidad de eliminar una ley que no esté conforme a los derechos del hombre. La conciliación entre la protección de derechos fundamentales y la soberanía parlamentaria se verifica a través de otros mecanismos. Primeramente, a partir de las reglas de interpretación del derecho interno. Con fundamento en la sección 3 de la Human Rights Act, el juez debe interpretar la ley de conformidad con los derechos previstos en la Convención. Por lo tanto la sección 3 resulta ser una de las disposiciones claves de la ley. Las primeras resoluciones de las cortes superiores dan cuenta del gran valor que el juez le atribuye a esta obligación.⁴¹

En el supuesto que una interpretación de este naturaleza, conforme a la ley, no sea posible, el juez debe hacer una declaración de no conformidad.⁴² La declaración de no conformidad tiene por efecto que el ejecutivo tome, lo que se denomina, remedial order, según la sección 10 de la Human Rights Act. El misistro, esta, en consecuencia facultado para modificar la legislación mediante una ordenanza.⁴³ En una resolución reciente, los jueces manifestaron su reticencia de pronunciar una declaración de conformidad, estimando preferir referirse a la obligación para “salvar” el texto y permitir así al requerente prevalerse de los derechos fundamentales.⁴⁴

En segundo término, el poder público debe de actuar de conformidad con los derechos reconocidos en la Convención. Conforme a los términos de la Human Rights Act, una persona que ha sido trasgredida en sus derechos por actos de las autoridades administrativas contrarios a la Convención, puede interponer un recurso ante los tribunales por abuso de poder.⁴⁵ Los tribunales tienen por consecuencia, en la actualidad, la posibilidad de anular actos administrativos contrarios a los derechos fundamentales. Tradicionalmente, las cortes inglesas han mostrado cierta reticencia en la fiscalización de la legalidad de los actos administrativos. Pero, la noción de

Convención de derechos del hombre en lo que se refiere al control jurisdiccional de los actos administrativos. En los asuntos que en los que se pone en entredicho el ejercicio de los derechos fundamentales, el control jurisdiccional de los actos administrativos se ha profundizado aún más; las cortes inglesas han estudiado en forma puntual la decisión adoptada por la autoridad administrativa y las razones sobre las cuales estuvo fundada y motivada: véase al respecto P. P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999, p. 546.

39 R. Clayton y H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, 2000; S. Grosz, J. Beatson y P. Duffy, *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, 2000; M. Supperstone, J. Goudie y J. Coppel, *Local Authorities and the Human Rights Act 1998*, 1999; B. Markesinis, *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, 1998; A. Lester y D. Pannick, *Human Rights Law and Practice*, 1999; J. Coppel, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in the Domestic Courts*, 1999. J. Beatson, *Le Royaume-Uni et la nouvelle déclaration des droits*, *RFD const.* 2001, p. 686; J.F. Flauss, *Human rights 1998: Kaléidoscope*, *RFD const.* 2001, p. 695.

40 La *Human Rights Act* no incorpora todos los preceptos de la Convención; únicamente están incluidos los que se encuentran numerados en la sección 1ª. de la *Human Rights Act*. *Verbi gratia*, el artículo 13 de la Convención no está incluido y por lo tanto no es aplicable directamente en el derecho interno inglés.

41 *R v.A* [2001] UKHL 25.

42 Sección 4ª. de la *Human Rights Act*.

43 Esta sección es conocida con el sobrenombre peyorativo de la fórmula empleada por el rey Enrique VIII en referencia a una ley del siglo XVI que concedía al propio rey Enrique VIII el poder de legislar por vía de ordenanzas.

44 *R v.A* [2001] UKHL 25, por 44 (Lord Steyn).

45 Sección 6ª. de la *Human Rights Act*.

ilegalidad en la Human Rights Act motivará a las cortes inglesas a adoptar un enfoque diferente en virtud de que el legislador las ha investido del poder de fiscalizar que todos los actos deben ser compatibles con los derechos fundamentales. Adicionalmente esto podría incluso motivar a los tribunales, gradualmente, a reforzar el control jurisdiccional en cualquier ámbito, sin perjuicio de los derechos fundamentales del hombre.⁴⁶

La envergadura de la Human Rights Act podría ser mucho más profunda, tal y cómo se analizará, esta ley puede tener igualmente consecuencias sobre la aplicación de la *stare decisis*.⁴⁷

⁴⁶ En un proceso reciente Lord Slynn advirtió que el principio de la proporcionalidad se aplicaba en derecho comunitario y en los supuestos de derechos fundamentales y llega a ponderar que este principio debiera ser reconocido en forma más amplia en derecho interno inglés: *R v. Secretary of State for the Environment Transport and the Regions ex p Aconbury Developments Ltd* [2001] UKHL 23, par 51.

⁴⁷ Véanse 358 y ss.