

## CAPÍTULO 2 ESTRUCTURA DEL DERECHO INGLÉS

241. Importancia de la materia. Hasta épocas recientes se ha resaltado, como una de las características de la originalidad del derecho inglés, la teoría de las fuentes del derecho, tal y cómo se concibe en Inglaterra. Para los juristas del continente europeo, embelezados por el culto a la ley y plétóricos en su admiración por los códigos, siempre les ha parecido extraño, para no decir inconcebible, visualizar a un país altamente civilizado, el país comerciante más importante a nivel mundial, rechazar la fórmula de la codificación y reconocer la validez de una fórmula que en la percepción continental era obsoleta, viendo en la jurisprudencia la fuente fundamental del derecho.

La ley y la jurisprudencia, es necesario admitirlo, no desempeñan la misma función en el derecho francés que en el derecho inglés. Antes de exponer las diferencias de sustancia que existen en este ámbito, se ha considerado importante resaltar una diferencia de otro orden entre los derechos de la familia romano-germánica y del *common law* que radica en la diferencia que existe en esos dos derechos en su estructura misma. Esta diferencia se reconoce, actualmente, como la fundamental y es precisamente la más difícil de superar por los juristas del continente europeo, que explica, finamente cómo los juristas ingleses reconocen una teoría de las fuentes del derecho diferente a la del continente europeo y cómo el derecho inglés, en particular, no ha podido aceptar ni aceptará fácilmente la fórmula derecho romano-germánica de la codificación.

Las diferencias de estructura existentes entre el derecho romano-germánico y el derecho inglés han sido, durante largo tiempo, sistemáticamente desatendidas: es en épocas recientes que se ha podido percibir su carácter esencial. La razón consiste en que, durante largo tiempo, bajo los postulados de una cierta teoría, se creyó posible analizar el derecho como un conjunto de normas. Para todo jurista que toma un poco de distancia de esta visión, lo determinante en un derecho, parece ser, más que las reglas de un momento específico, la estructura misma de dicho derecho, clasificaciones que admite, los conceptos que usa, el tipo de regla de derecho sobre el cual está fundado. La enseñanza de un derecho por lo tanto, resultaría inconcebible per se, más allá de las reglas que se transforman constantemente, existen marcos que son relativamente estables. Lo determinante para el estudioso del derecho radica en el aprendizaje de un vocabulario, familiarizarse con conceptos que permanecerán y que le permitirán estudiar más tarde una situación determinada, en tanto que las reglas que asimiló en la escuela de derecho habrán muy posiblemente cambiando. Al legislador se le atribuye el poder de modificar o incluso abolir determinada regla del derecho actual. Sin embargo está fuera de su ámbito cambiar la lengua que empleamos y modificar los marcos en los que ordenamos nuestro razonamiento.<sup>1</sup> A lo largo de

---

<sup>1</sup> Es la estructura del derecho inglés y la diferencia de mentalidad de la sociedad donde se aplica este derecho, que lleva a pensar a ciertos autores que si un Código Civil Europeo debería cierto día considerarse, la aproximación entre

múltiples cambios y de revoluciones mantenemos los conceptos de propiedad, de contrato, de matrimonio, de hipoteca; las reglas relativas a estos ámbitos no son las mismas; pero las nuevas reglas, que substituyen a las precedentes, se encuentran en el mismo lugar en las obras jurídicas, cuya exposición ha permanecido casi incólume desde hace siglos.

242. Categorías y conceptos. El derecho inglés, en este respecto, va aparecer muy diferente al derecho francés y a los derechos de la familia romano-germánica. Su estructura no es la misma que la del derecho francés y es precisamente esta diferencia estructural en donde radica la dificultad sustantiva que significa el estudio del derecho inglés. Esta diferencia estructural, es en efecto total. Ni las grandes divisiones del derecho en público y privado, ni las categorías naturales a nuestro ojos de derecho civil, derecho mercantil, derecho administrativo o de derecho de la seguridad social, son observables en el derecho inglés; en lugar de estas grandes clasificaciones pueden ser identificadas otras, cómo la distinción entre el *common law* y la equity. En un enfoque conceptual la consternación persistirá, al no poderse identificar la idea de patria potestad, ni la relativa al de reconocimiento de hijos naturales, ni la del usufructo, la de persona moral, la noción de dolo o de fuerza mayor; pero otras nociones dominarán el análisis cómo la del trust, la del bailment, la del estoppel, (protección de la confianza legítima), la de la consideration, la del trespass, que no evocan nada en nuestros espíritus.. No corresponden a ninguna noción conocida por nosotros, los términos del derecho inglés son intraducibles en nuestras lenguas, como lo son los términos de fauna o de flora de otro clima. Cuando se desea forzadamente traducirlos, la dificultad no es menor, ya que comúnmente se desnaturaliza el sentido, cuando el término se extrae de su contexto: así verbi gratia la noción de contrato del derecho inglés no es el equivalente a la noción de contrato del derecho francés; de igual manera la noción de equity inglesa, no corresponde a la noción de la equité francesa; administrative law no significa derecho administrativo, civil law no significa derecho civil, y *common law* no puede traducirse cómo derecho común.<sup>2</sup>

243. Regla de derecho. La diferencia estructural, que existe entre derechos romano-germánicos y derecho inglés, no se manifiesta solamente sobre el plano de las categorías y de los conceptos jurídicos. En un nivel primario la noción de regla de derecho no tiene una correspondencia en el derecho inglés al tipo de regla que no es familiar. En el derecho inglés, elaborado por la jurisprudencia, la legal rule tiene un significado completamente diferente que la regla de derecho, que ha sido sistematizada por la doctrina o enunciada por el legislador a la cual estamos habituados. La regla de derecho en el *common law* tiene un nivel de generalidad menor que la regla de derecho, Con la consecuencia, como veremos, que la distinción, para nosotros elemental, de reglas imperativas y reglas supletorias no se hace y una codificación, como la que nos es familiar, es difícilmente concebible en Inglaterra.

---

los derechos romano-germánicos y del *common law* conservarían sus profundas diferencias presentaría grandes dificultades.

<sup>2</sup> Los diccionarios francés-inglés o inglés-francés, de términos de derecho, a pesar de todos los esfuerzos de sus autores, son inevitablemente imperfectos, y con frecuencia peligrosos. Es preferible utilizar en su lugar diccionarios en lengua inglesa, entre los cuales el más reciente para el derecho inglés es el Osborn's *Concise Law Dictionary*, 9a. ed., 2001.

Sección 1. División y conceptos jurídicos  
 Sección 2. “Regla de derecho” y “legal rule”

## SECCIÓN 1 DIVISIÓN Y CONCEPTOS JURÍDICOS

244. Importancia de las categorías jurídicas. La primera interrogante que se plantea un jurista, frente a los problemas de derecho, es situarla en la categoría del derecho de donde proviene el planteamiento. Las siguientes interrogantes responden a este planteamiento: ¿se trata del derecho penal, del derecho de bienes, del derecho de los contratos, del derecho del trabajo o del derecho de sociedades? Identificar la disciplina en la que debe ser analizado el planteamiento primario es primordial para el jurista, ya que finalmente se trata de determinar si tiene o no la formación necesaria para resolverla. Desde tiempos inmemoriales los juristas se han especializado en disciplinas específicas del derecho nacional: es en esta forma, cómo una distinción se ha operado tradicionalmente entre privatistas y publicistas, entre civilistas, mercantilistas y penalistas. La complejidad del derecho moderno ha obligado a los juristas a especializarse aún más en nuestros días: el mismo jurista se siente incapaz de aconsejar correctamente a su cliente, y de dirigir eventualmente un proceso en materias tan diversas como el derecho de la propiedad literaria, el derecho de insolvencias mercantiles, el derecho penal, el derecho familiar o el derecho fiscal. Cada disciplina del derecho que llegue a interesar a diferentes especialistas, posee una literatura propia que sólo conocen bien los especialistas; los demás juristas conservan conocimientos generales respecto de estas disciplinas, que pudieran resultar más o menos obsoletos debido a la inevitable evolución de las ideas y del derecho.

245. Originalidad de las categorías y conceptos del derecho inglés. No sucede lo mismo en el sistema inglés. Por razones históricas, las grandes divisiones del derecho que encontramos en este sistema, son completamente diferente de las nociones de los sistemas de derecho romano germánicos. Para el jurista francés una de las primeras dificultades que enfrenta, cuando pretende analizar el derecho inglés, es la doctrina. La bibliografía es abundante y de una gran riqueza, pero conlleva el riesgo de no ofrecerle, al jurista, la obra jurídica básica correspondiente a las categorías jurídicas, a las que está habituado y en la que puede localizar un principio de solución o de reflexión al planteamiento jurídico que se ha puesto a su consideración.

La doctrina a la que recurre el jurista inglés contiene una nomenclatura en donde sobresalen términos como contract (contrato), torts (daño), real property (derechos reales), personal property (propiedad personal), trusts evidence (monopolio), companies (sociedades mercantiles), bailement (transporte), restitution (restitución), local government (gobierno local), conflits of law (conflicto de leyes), pleading (alegatos), practice (bufete), entre otros. Las divisiones y categorías francesas se ven así remplazadas, en Inglaterra, por divisiones y categorías que pueden, según el caso, ser traducidas o no en francés pero que no son, por lo menos de manera general, las divisiones y categorías elementales del derecho francés.

La diferencia estructural que puede observarse a nivel de las grandes divisiones del derecho, con la división del *common law* y de la equity o substantive law y adjective law, así como el rechazo o desconocimiento de las distinciones básicas del derecho continental, la encontramos también en el plano inferior, pero fundamental, de los conceptos. En este ámbito el jurista francés no encuentra frecuentemente los conceptos que gobiernan su derecho: las nociones de

personalidad jurídica, de establecimiento público, de dolo, de contravención, no existen en el derecho inglés. Para expresarse en términos más comprensibles este sistema de derecho, emplea conceptos o nociones tales como el de domicile of origin, de indictable offence, de perpetuity, de charity o de injunction, que no tienen una equivalencia funcional en el derecho francés.

246. Explicación de la estructura del derecho inglés, en función de su historia. ¿A qué obedecen estas diferencias estructurales? La explicación es clara: se encuentra en los diferentes eventos históricos por los que han transcurrido estos dos derechos: el romano-germánico y el *common law*.

El sistema de derecho romano-germánico es un sistema relativamente racional y lógico, porque fue ordenado, gracias a la obra de las universidades y del legislador, que elaboraron las reglas de fondo de derecho. Este sistema conserva sin discusión un número considerable de inconsistencias y anomalías, cómo resultado natural de la historia o de consideraciones de orden práctico. Los derechos romano-germánicos se encuentran muy distantes de haberse ordenado de manera puramente lógica, a pesar de los esfuerzos que se han desarrollado en ese sentido, con el objetivo expreso de simplificar el conocimiento. El derecho inglés por el contrario, fue ordenado al margen de toda preocupación de la lógica, dentro del marco impuesto por el procedimiento; es hasta una época reciente, para ser específicos, desde hace poco más de un siglo, cuándo al abolirse el antiguo sistema de procedimiento, la ciencia del derecho pudo diseñar racionalmente su marco legal de referencia. Si bien se han hecho esfuerzos notables, se han conservado aún, de manera general, las nociones y clasificaciones propias de su tradición jurídica.

Son de mencionarse algunos ejemplos que muestran el vigor de la tradición. El más ilustrativo es quizá la célebre definición de la equity, a la que concluye el más notable expositor de la materia, F.W. Maitland. “La equity” escribe Maitland, “es ese cuerpo de reglas que, de no haber intervenido la reforma de las Judicature Acts, serían aplicadas de manera exclusiva por jurisdicciones especiales conocidas como cortes de equity”. El derecho inglés de bienes se clasifica en personal property y real property; la real property se refiere a los derechos que, antes de la reforma de procedimiento de 1833, estaban garantizados por acciones denominadas reales; en tanto la personal property se refiere a los derechos que, antes de 1832, estaban garantizados por acciones denominadas personales.<sup>3</sup> La noción inglesa de contrato se refiere a las convenciones sancionadas antiguamente por la acción denominada *assumpsit*; fuera de su ámbito quedan las donaciones, el trust, los depósitos, entre otros. Estas últimas instituciones han sido, a través de la historia, sancionados de otra forma por las diferentes acciones procesales. La cita de estos ejemplos obedece al único propósito de resaltar que las categorías y conceptos del derecho inglés son totalmente diferentes a las categorías y conceptos de la ciencia tomanista.

247. La función de las universidades. Una objeción surge: ¿las universidades inglesas, creadas desde el siglo XIII, enseñaron, como sus homólogos del continente, el derecho romano y el derecho canónico? La historia registra que fue hasta 1758 en la se instituyó un curso de derecho inglés en Oxford; y sólo en una fecha posterior (en 1800) se instituyó en Cambridge. Estos eventos per se son muy elocuentes; una diferencia fundamental merece aún ser resaltada: en tanto

---

<sup>3</sup> M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, 1971. F. H. Lawson y B. Rudden, *The Law of Property*, 2da ed., 1986.

que los juristas del continente europeo recibían su formación en las universidades, en Inglaterra los eventos siguieron un curso muy diferente. El procedimiento del derecho inglés no sólo obstaculizaba la influencia del derecho romano; su complejidad desalentaba a los juristas a ir a las universidades a recibir una enseñanza de principios, que finalmente les serían estériles en la práctica. Los juristas ingleses jamás han sido formados en las universidades, e incluso hoy en día, cuando se requiere de un título universitario para ejercer la profesión de abogado, ese título no necesariamente debe ser de derecho. Los juristas han sido tradicionalmente formados en la práctica, en la que sus referentes no provenían del derecho romano-germánico; su formación se concentraba recurrentemente en los planteamientos de procedimiento y de las pruebas de las que dependía el éxito y la admisibilidad misma del ejercicio de una acción. Estas fueron las condiciones bajo las cuales fueron debatidas las categorías del derecho inglés, modeladas conforme al procedimiento que debería de regir las diferentes clases de demandas que eran susceptibles de ser presentadas ante las cortes reales. Es finalmente después de la abolición de estas formas de acción, en 1852, que puede observarse una tendencia a una sistematización más racional de este derecho; la evolución ha sido lenta, como acaece siempre que se considera cualquier marco del derecho y es esperable que en el interior de los marcos tradicionales, sea donde se perciba los esfuerzos por ordenar en una forma más racional las instituciones y reglas del derecho inglés; la adopción de las categorías y conceptos de los derechos romano-germánicos quedan totalmente al margen.

Es imposible, en una obra de esta índole, familiarizar al estudioso del derecho con las diversas categorías y nociones del derecho inglés: el intento implicaría un estudio a fondo, del conjunto del derecho inglés.<sup>4</sup> Sin embargo, será útil citar algunos ejemplos característicos que atañen ciertas nociones fundamentales del derecho inglés. Al efecto, para el análisis se han seleccionado dos: la distinción entre el *common law* y la Equity, y la noción del trust. Esta sección finalizará poniendo en relieve la importancia que presentan las reglas de administración de la justicia (adjective law: procedimiento y pruebas), que se oponen a las reglas de fondo del derecho (substantive law), en la perspectiva del jurista inglés.<sup>5</sup>

### 1. *Common law* y Equity

248. Carácter fundamental de esta distinción. La diferencia primaria que enfrenta todo estudiante de derecho en sus primeros años en el análisis del derecho romano-germánico, es la distinción del derecho público y del derecho privado. Esta diferencia primaria no se reconoce en el derecho inglés, ya que en este sistema se ha sostenido el rechazo de la idea que el Estado y la Administración pública no puedan estar sometidos al derecho.

---

4 R. David y X. Blanc-Jouvan, *Le Droit Anglais*, 9a. ed., 2001; J. A. Jolowicz, dir., *Le droit anglais*, 2a. ed., 1992; P. Kinder-Gest, *Droit anglais – 1) Institutions politiques et judiciaires*, 2a. ed., 1993. *Smith & Keenan's English law*, 13ava ed., 2001.

5 Sobre la diferencia entre la categoría inglesa de *administrative law* y la categoría francesa de *droit administratif*, véase. J. Bell, *L'organisation du contentieux administratif en Grande Bretagne. Aspectos de revolución reciente del derecho administrativo substancial*, *Études et Documents*, 1987; S. Flogaitis, *Administrative Law et droit administratif*, 1986; P. Foucher, *Droit administratif*, 1997; - Sobre la negación en Inglaterra del concepto continental de derecho comercial, véase. H. Burin Des Rozières, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, 1959; O. Moreteau, *Droit anglais des affaires*, 2000.

Por el contrario, la diferencia fundamental, que se le enseña al estudiante de derecho inglés, es una distinción que le es extraña completamente al derecho romano-germánico: la distinción del *common law* y de la equity. Se ha expuesto en la parte relativa de la historia del derecho inglés, el origen de esta distinción: la equity es un conjunto de remedies<sup>6</sup> desarrollados principalmente en los siglos XV y XVI, por la jurisdicción del Canciller Real para complementar, y en casos específicos revisar un sistema, el *common law*, que en la época resultaba insuficiente y defectuoso. Es necesario en este momento dar ciertas precisiones sobre los remedies de la equity, y evidenciar cómo la distinción del *common law* y de la Equity continúa teniendo una importancia relativa en la época actual, a pesar de la “fusión del *common law* y de la Equity” ordenada conforme al programa de organización judicial de 1875. En la actualidad de hecho, la distinción entre *common law* y Equity continúa siendo una distinción fundamental del derecho inglés, que es comparable con la distinción entre derecho público y derecho privado, distinción conforme a la cuál en Francia los mismos juristas adoptan su adscripción en jus privatistas y jus publicistas. Por el contrario en el derecho inglés los juristas ingleses se adscriben como *common lawyers* y *equity lawyers*.

249. Origen de la Equity. En este análisis se estima necesario traer al análisis las condiciones en las que se desarrollaron las reglas de la Equity en derecho inglés. En la medida que el *common law* funcionaba deficientemente, las cortes reales no podían ser recurridas, obsequiar el remedie adecuado requerido por un litigante, y por lo tanto carecía de los medios para conducir a buen término un procedimiento, o finalmente conducía inevitablemente a una resolución contraria a la Equity-, los particulares tenían, conforme a los postulados de la Edad Media, la posibilidad de solicitar al soberano su intervención, recurriendo a los imperativos de su conciencia, para que en su calidad de soberano, tomara una resolución que facilitara la administración de la justicia o que impusiera la solución requerida por la administración de la justicia. El derecho era un fetiche. El rey, soberano justiciero, debía asegurar a sus súbditos la administración de la justicia; su intervención estaba legitimada en los casos donde la técnica del derecho se encontraba ausente.

250. Equity follows the law. La intervención del canciller jamás consistió en formular nuevas reglas de derecho, que los jueces habrían de aplicar en el futuro. El canciller jamás pretendió modificar el derecho, tal como había sido desarrollado y aplicado por las cortes de *common law*. Antes al contrario, el canciller profesó constantemente su respeto por este derecho: “la Equidad respeta el derecho” (Equity follows the law) fue uno de los axiomas proclamados por la cancellería. Respetar el derecho, sin embargo, no implicaba que se soslayara la ley moral; es en nombre de ésta última que el canciller invoca su legitimidad para intervenir. Para el canciller, como para la sociedad inglesa, resultaba inaceptable de hecho, que el summum jus derivase en una summum injuria. En otros países la judicatura podía proveer un remedie, que prohibiese el abuso del derecho o el fraude, o que le diera curso a las nociones de orden público o de buenas costumbres. Estas intervenciones llegaron a producirse, simultáneamente en el continente europeo, en el marco mismo de los principios generales del derecho. En Inglaterra las cortes reales, tenían una competencia limitada y estaban obligadas a observar procedimientos rígidos;

---

<sup>6</sup> El término inglés *remedy* no teniendo realmente una traducción satisfactoria en el sistema de derecho romano germánico; se puede optar por el vocablo *recurso* con todas las precauciones que el caso amerita.

carecían por lo tanto del mismo margen de maniobra; fue necesario recurrir, al margen de ellas, a una jurisdicción especial, fundada sobre la prerrogativa real, para superar las limitaciones o ineficiencias propias del derecho estricto del *common law*, y que exigía la ley moral y la conciencia social. En este análisis puede evidenciarse a través de algunos ejemplos, en que forma se produjo esta intervención.

251. Aplicaciones. El *common law* podía solamente, en caso de inejecución de un contrato, acordar daños y perjuicios a favor de la parte afectada por esta inejecución. La acción de *assumpsit*, que sanciona la inejecución contractual, está de hecho modelada sobre la acción delictiva del *trespass*, mediante la cual se podía exigir solamente el pago de daños y perjuicios. Es perfectamente comprensible que esta sanción contractual resultara, conforme a las circunstancias prevalecientes, inadecuada y que hubiera interés, para un contractante de obtener la prestación que le había sido prometida. Ninguna acción ante la Corte de *common law* permitía la consecución de este resultado. Al recurrir a la jurisdicción del canciller, se podía obtener la ejecución forzada de la obligación (*decree of specific performance*), y ordenar al contractante a la ejecución en natura de la obligación originalmente convenida. El *common law* no se transgredía de ninguna forma; el canciller se limitaba a proveer de un remedio del que el *common law* carecía.

El *common law* percibía al proceso como una especie de torneo en donde el juez tenía la función de simple árbitro. Cada una de las partes debía aportar sus propias pruebas, pero carecía de algún remedio para obligar a su contraparte a emitir, un documento que estuviera en su posesión. La jurisdicción del canciller, podría una vez más, intervenir y obligar a una de las partes, a través de *discovery order*, a emitir tal documento.

El *common law*, sistema arcaico, tiene en materia de contratos una teoría de vicios del consentimiento bastante elemental y muy poco desarrollada. Tiene una percepción de la violencia (*duress*) que se limita a sancionar la violencia física, no así el daño moral. El canciller hubo de intervenir en contra de quien, contrariando su conciencia, se hubiera prevalecido de su calidad de padre, de tutor, de patrón, de confesor, de médico para obtener de otra persona el otorgamiento y firma de un contrato u obtenido cualquier otro enriquecimiento indebido; el canciller hubo de prohibirle a quien hubiere querido prevalecerse de esas condiciones contractuales y exigir su ejecución coactiva. Es precisamente la doctrina de la *undue influence*, que agrega su imperativo moral a las reglas jurídicas de la *duress*. Un contratante entrega a su contraparte un bien, en base a la confianza, para que realice actos de administración respecto de este bien en el interés de un tercero, Este tercero pudiera haber tenido incompatibilidades, o franca imposibilidad, para devenir propietario. De aplicarse el *common law*, la persona que ha recibido el bien (el trustee) deviene propietario pura y simplemente; la obligación contraída de administrarlo a favor de un tercero carece de valor. El canciller dará curso a esta obligación; al hacerlo no trasgredirá el *common law*, ni negará la calidad de propietario del trustee del bien; pero agregará al *common law*, sancionando la obligación asumida por el trustee.

La Corte de la Cancillería Real, cómo puede observarse, acepta los principios del *common law*: *Equity follows the law*. Pero interviene en ciertos supuestos específicos —de donde resultarían en definitiva las reglas complementarias que se denominarían de Equito— de tal manera que se perfeccionaría, en el interés de la moral, el sistema de derecho aplicado por las cortes reales. Hubiera sido deseable que las cortes del *common law* hubieran desarrollado por ellas mismas, estas reglas complementarias, Pero por una serie de razones se vieron impedidas en hacerlo. Fue otra autoridad, la cancillería, que terminó por elaborarlas. De facto esta autoridad —por lo menos en su origen— no fue considerada como una jurisdicción; jamás reivindicó crear “un derecho”,

ya que inmediatamente hubiera incurrido en el riesgo de una confrontación con las cortes de Westminster que estaban avocadas, desde una perspectiva tanto pecuniaria como moral, en mantener el monopolio de la administración de la justicia. La terminología misma empleada por la jurisdicción de la Cancillería es por sí misma muy elocuente; ante la jurisdicción de la Cancillería no se ejercitaba una *action*; se requería su intervención a través de una solicitud (*suit*) para que conociera de ciertos “asuntos” (*matters*); se hacían valer intereses (*interests*), no derechos (*rights*), y la Corte de la Cancillería al final del proceso no dictaba una sentencia sino una orden (*decree*), que podría acordar una indemnización, más no el pago de daños y perjuicios (*damages*). La Corte de la Cancillería intervenía “en equidad”, sin pretender modificar las reglas del *common law*, administradas por las cortes. Esto terminó finalmente por justificar la intervención de la Corte de la Cancillería; pero fundamentalmente prevalecieron las exigencias de conciencia. La conciencia era una solución que se ofrecía para superar las deficiencias de un derecho. Contra este derecho que trasgredía la conciencia, era precisamente contra el que actuaba la Equity.

252. *Equity acts in personam*. La manera en la que la Corte de la Cancillería actuaba siempre fue la misma. *Equity acts in personam*: la Corte de la Cancillería pronunciaba sus resoluciones, a través de órdenes o de mandamientos dirigidas a la parte requerida; en igual forma le ordenaba o le prohibía, comportarse de tal o cual manera, y le imponía invocando a su alma (no debe olvidarse que la Corte de la Cancillería originalmente era eclesiástica), un comportamiento conforme a las exigencias de la ley moral y de la conciencia. La parte requerida, de contradecir la orden que le hubiere sido dada, se arriesgaba a la prisión o debería de asumir el riesgo de ver sus bienes requisados por la fuerza y embargados. La intervención de la Corte de la Cancillería sólo interviene si puede amonestar a la parte requerida y aplicarle eficazmente las sanciones que le pudiera haberle impuesto; las reglas que determinaban la competencia de la Corte de la Cancillería eran en consecuencia diferentes en cuánto a su naturaleza de aquellas que determinaban la competencia de las cortes de *common law*.

253. Carácter discrecional de los remedios de equity. La intervención de la Corte de la Cancillería, gobernada en sus inicios por la noción de conciencia, al paso del tiempo se volvió más sistemática; empezó por admitir controversias en cierto número de supuestos específicos (como aconteció anteriormente con las *brevia de cursus*). Se desarrolló así un cierto número de instituciones (la principal fue sin lugar a duda el *trust*) o de conceptos (conceptos de *misrepresentation* y de *undue influence*, concepto de *specific performance*, la doctrina de *subrogation*, entre otros), que encuentran su origen en la jurisdicción de Equity de la Corte de la Cancillería.

Cualquier institución o concepto del que se hubiere dado cuenta, la intervención del Canciller real siempre conservó desde sus orígenes un cierto carácter discrecional; la Corte de la Cancillería no intervenía a menos que la conducta de la parte requerida fuera considerada, como contraria a la conciencia y si la conducta de la parte requirente estuviera exenta de cualquier cuestionamiento. La parte requerida debía tener “las manos limpias” (*clean hands*), y haber actuado sin la intención estéril de obtener una fugaz gracia de tiempo (*laches*), entre otros. Existen numerosos precedentes que gobernaron a partir del siglo XVII la conducta de la Corte de la Cancillería en el ejercicio de su poder discrecional que estaban implicadas en las fórmulas antes mencionadas.

254. Procedimiento de la Corte de la Cancillería. La Corte de la Cancillería examinaba las controversias que le eran remitidas conforme a un procedimiento específico, con un sistema probatorio completamente diferente del previsto en el *common law*. A la Corte de la Cancillería se recurría a través de un writ of subpoena;<sup>7</sup> la Corte de la Cancillería no conocía del forms of action del *common law*. Debe de precisarse, que el procedimiento en la Corte de la Cancillería tuvo su origen en el procedimiento del derecho canónico, y en su ámbito no se comprendía en ningún evento la participación de un jurado, por lo que en estas circunstancias se daba mayor relevancia a las documentales escritas y la conformación de un expediente; si bien la Corte de la Cancillería sentenciaba en nombre de la moral, podía recurrir, en su afán de obtener la verdad, a consideraciones que les estaban prohibidas a los jueces de *common law*.

A todo lo anterior habría que agregar otras atribuciones jurisdiccionales que ejercía la Corte de la Cancillería; se recurría así constantemente a ella para que dictara instrucciones al fiduciario (Trustee) en cuanto a la gestión de bienes que habían sido confiados; a aprobar las modificaciones de estatutos de una sociedad por acciones; a tomar medidas en el interés de un menor, declarándolo pupilo de la Corte (Ward of Court), entre otros.

255. La Equity y el *common law*. Hasta 1875, a la Equity la distinguían cinco características fundamentales del *common law*. Las reglas de la Equity, desarrolladas por la Corte de la Cancillería, tenían un origen histórico diverso de aquellas del *common law*, elaboradas por las cortes de Westminster. Su aplicación le estaba reservada a la Corte de la Cancillería, con la expresa exclusión de las cortes de Westminster. El procedimiento de la Equity, no admitía la función del jurado, y por lo tanto difería, en este aspecto del *common law*. Los remedies de la Equity, que consistían exclusivamente en soluciones diversas propuestas a la Corte de Equity, diferían en sustancia de las soluciones que podía llegar una corte de *common law*. Finalmente la procedencia de un remedie de equity, tenía un carácter discrecional.

Una vez asentadas todas estas diferencias, es hasta después del siglo XVII que la Equity se transformaría en un conjunto de verdaderas reglas jurídicas, administradas por la Corte de la Cancillería, conforme a un procedimiento específico, y en forma y términos que la singularizaban sustancialmente de los formalismos y meticulosidad de los procedimientos y condiciones del *common law*. Es en esta forma que en la solución de una misma controversia podría ser indispensable iniciar dos acciones: una acción ante una Corte del *common law*, y otra acción ante la Corte de la Cancillería, así era por ejemplo si una parte quisiera obtener tanto la ejecución forzada del contrato (remedie de Equity) como el pago de daños y perjuicios en la ejecución forzada del contrato (remedie de *common law*). Este status quo se modificó en 1873-1875. Todas las jurisdicciones inglesas pudieron a partir de esa fecha, proveer indistintamente los remedies de la Equity, así como aplicar las sanciones del *common law*. La añeja dualidad de procedimientos había sido finalmente superada; los principios del *common law* y las reglas del Equity en lo sucesivo podrían ser invocados y aplicados ante una jurisdicción única, mediante el ejercicio de una acción única. En este sentido, puede válidamente sostenerse la “fusión del *common law* y de la Equity”, que le es atribuible a las Judicature Acts de 1873-1875.

---

<sup>7</sup> W. M. Ormrod, *The Origins of the Sub poena Writ*, 1988, 61 *Bull. Of the Inst. Of Hist. Res.*, pp. 11-20.

256. Los Judicature Actes de 1873-1875. Los Judicature Acts de 1873-1875, en realidad no intentaron la fusión del *common law* y de la Equity; el propósito del legislador inglés se circunscribió solamente a reorganizar las cortes superiores; creó la Suprema Corte de la Judicatura y permitió a todas las cortes superiores, después de 1875, sentenciar simultáneamente conforme las reglas del *common law* y de la Equity. Estas dos categorías de reglas, antes de 1875, bien podían no albergar ninguna contradicción; la solución de una controversia empero podría ser diferente según la Corte a la que se recurriera para resolver la controversia. Los tribunales ingleses aplicarían a partir de esa época en tiempo, forma y términos las reglas de derecho tal y cómo eran aplicadas antes de 1875. En caso de contradicción prevalecerían las reglas del Equity. Este orden de cosas era análogo al que se crearía *verbi gratia* en Francia, cuándo una ley transfiriese a los tribunales del orden judicial las competencias que le hubieren sido reconocidas a los tribunales administrativos: los tribunales del orden judicial aplicarían en tal caso, conjuntamente, las reglas de derecho civil y aquellas del derecho administrativo, en los ámbitos en los que respectivamente les concernieran.

257. La Equity después de 1875. Los Judicature Acts de 1873-1875, en principio, no transformaron significativamente el status quo ante, excepto que en lo sucesivo el *Common law* y la Equity serán administrados conjuntamente por las mismas jurisdicciones.

Una interrogante surgió desde el inicio. Existían dos procedimientos, sustancialmente diferentes, conforme al *common law* y la Equity. ¿Cuál debería ser adoptado? Ambos sistemas fueron preservados: en el seno de la nueva Corte suprema, creada por las Judicature Acts de 1873-1875 algunos jueces, congregados en la División del Trono de la Reina, sentenciaban conforme al procedimiento oral y contradictorio del *common law*; otros jueces, congregados en la División de la Corte de la Cancillería, sentenciaban conforme a un procedimiento escrito e inquisitorio inspirado en el viejo procedimiento del Equity. Los abogados postulantes que litigaban ante una u otra de estas jurisdicciones no son los mismos: los abogados continuaban denominándose como *Common lawyers* o *Equity lawyers*; las dos profesiones no exigen ni los mismos gustos, ni las mismas aptitudes, ni el conocimiento de las mismas disciplinas jurídicas.

Esta distinción del *common law* y de la Equity continúa siendo fundamental en el derecho inglés de la actualidad, pero es necesario admitir que se ha transformado considerablemente. Dos factores importantes intervinieron en la consecución de este propósito.

En primer lugar, la interrogante relativa a la determinación de la competencia de las diferentes Divisiones de la Corte Suprema sobre asuntos específicos, propició que careciera de relevancia el origen histórico de las reglas de derecho que había que aplicar. Lo trascendente era determinar cuál procedimiento entre el *common law* o aquel de la Equity, era el más deseable. De esta forma la Equity se expandió a nuevos ámbitos, como el de las sociedades por acciones (*company law*), que fueron desarrollados por la legislación, y que no encontraban su origen histórico en la jurisdicción de la Cancillería. Por otra parte se confirió ocasionalmente a la División de la Corte de la Cancillería controversias que, históricamente pertenecían al *common law*; fue este el caso, en particular de la materia de “quiebras” (*bankruptcy*); especialmente cuándo el énfasis se puso no sobre el comportamiento delictivo del deudor, sino sobre la necesidad de organizar la liquidación colectiva de su patrimonio. La distinción del *common law* y de la Equity carece en la actualidad de la misma significación que tuvo antiguamente; se puede afirmar que en gran medida se racionalizó: la Equity tendió a convertirse si no es que francamente se convirtió, en un conjunto de materias que se estimó conveniente resolver conforme a un procedimiento escrito, mientras que el *common law* se convirtió en un conjunto de materias que son resueltas conforme al antiguo procedimiento oral.

De esta manera en la actualidad resulta en el inicio inválido interrogarse cual es la sanción que se pretende hacer efectiva, sino cual es la disciplina del derecho que debe identificarse, para decidir si pertenece al ámbito del *common law* o la Equity. El *common law* comprende junto con el derecho penal, todo el derecho de contratos y el régimen de la responsabilidad civil (torts); los *common lawyers* recurren sin ambages a doctrinas tales como la misrepresentation, la undue influence, el estoppel (protección de la confianza legítima), han sido integrados por ellos mismos perfectamente al *common law*, pero cuyo origen es justo recordarlo, se encuentran en la Equity. La Equity por su parte incluye en su ámbito, el derecho del real property, el del trust, el de las sociedades mercantiles, el de insolvencias, al igual que las cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones testamentarias y de liquidación de sucesiones. Algunas de estas disciplinas pertenecen históricamente a la Equity; pero respecto de otras disciplinas, por el contrario, simplemente se estimó oportuno que fueran desarrolladas por los equity lawyers, conforme al procedimiento y a los métodos que le son propios, en vez de someterlos al procedimiento y a los métodos del sistema del *common law*. Más que hablar del sistema de derecho del *common law* y de los remedies de la Equity —como usualmente se hace para destacar solamente el carácter complementario de las reglas de la Equity— sería legítimo hablar de ramas del derecho inglés. Ambas ramas comprenden en su ámbito un cierto número de materias que se caracterizan por el empleo de un cierto procedimiento y simultáneamente las distingue una sensibilidad específica de los juristas.

Las relaciones entre el *common law* y la Equity, en segundo término, inevitablemente se modificaron a partir del momento en que los mismos jueces tuvieron competencia para sentenciar indistintamente conforme al *common law* y la Equity. Una vez finiquitada toda rivalidad, los jueces se interrogaron si la interrupción del desarrollo del Equity en el siglo XVII, tenía aún todavía una razón de ser, se interrogaron más específicamente, si para ver de una nueva manera ciertas doctrinas del *common law*, ahora que tenían la posibilidad de aplicar las reglas de la Equity.

Respecto al primer punto, las opiniones están divididas. Los esfuerzos de ciertos jueces por desarrollar nuevos principios en la Equity (a New Equity)<sup>8</sup> han sido vistos con reticencia por muchos juristas, que han estimado que ahora esta tarea es parte de la competencia del Parlamento<sup>9</sup> y no de los jueces.<sup>10</sup> Sin embargo, ciertos jueces se han mostrado prestos para desarrollar la Equity, en los supuestos de requerimiento (injonction), creando la “Anton Piller Order” que busca impedir la destrucción de elementos de prueba.<sup>11</sup> Los jueces pudieron, por otro lado, ampliar los supuestos para la ejecución en especie (specific performance) de un contrato: la specific performance se convirtió en la sanción natural en el supuesto de la venta de bienes inmobiliarios, pero no pudo ser extendida, excepto en casos particulares, para la venta de bienes mobiliarios corporales.<sup>12</sup>

La historia de la distinción entre el *common law* y la Equity ilustra el movimiento de como se produjo la racionalización del derecho inglés, después de que las reformas relativas al

8 Véase *verbi gratia* la opinión de Lord Denning: *Eves v. Eves*, 1975, 1 W.L.R. 1338, 1341.

9 *Western Fish Products v. Penwith District Council*, 1981, 2 All ER 204.

10 La Cámara de los Lores en el precedente *National Provincial Bank Ltd v. Ainsworth* (1965) parecía decidir que resultaba imposible a los jueces crear derechos de Equity.

11 4. *Anton Piller KG v. Manufacturing Process Ltd* (1976) Ch 55.

12 J.E. Martin, *Modern Equity*, 15ava ed., 1997, p. 62; *Smith and Keenan's English Law*, 2001, p. 364.

procedimiento y a la reorganización judicial realizadas en el siglo XIX, han hecho posible esta racionalización. Se puede observar cómo este proceso de racionalización se desarrolló sin alterar los modelos tradicionales y sin abandonar, en particular, las categorías tan arraigadas en el espíritu de los juristas como el *common law* y la Equity.

### *El trust*<sup>13</sup>

258. Mecanismo del trust. La noción del trust, desconocida para los derechos romano-germánicos, es una noción fundamental del derecho inglés y la creación más importante de la Equity. El trust se estructura, de forma general, sobre el esquema siguiente: una persona (el fideicomitente) que es quien constituye el trust (settlor of the trust), conviene en que ciertos bienes sean administrados por uno o varios trustees (fiduciario) en el interés de una o varias personas, el o los cestuis que trust (fideicomisarios) o beneficiarios. La operación es extremadamente frecuente en Inglaterra y sirve para una gran variedad de fines eminentemente prácticos: la protección de los incapaces se asegura por este medio, el trust sirve también para realizar convenios de sucesiones (estate planning), las fundaciones y establecimientos de utilidad pública funcionan igualmente utilizando esta técnica, el derecho de sociedades recurre también al trust, y se recurre también a este mecanismo en operaciones internacionales.

¿Cómo analizar esta institución del trust? Un jurista del sistema romano germánico, al analizar que por este medio se asegura la protección de los incapaces, o la gestión de los patrimonios de personas morales, se ve persuadido de intentar conceptualizar al trustee (fiduciario) cómo un representante del incapaz o de la persona moral; el incapaz o la persona moral seguirá siendo en su análisis el verdadero propietario de los bienes fideicometidos al trust, que se gestionan en su beneficio. Podría igualmente persuadirse de identificar en el trust una aplicación del principio de la representación, una especie de mandato conferido por el constituyente (fideicomitente) del trust, o en el caso de la ley, al trustee (fiduciario).

259. Análisis del trust. Este análisis resulta empero totalmente equivocado. El trust, en realidad, como la mayoría de los conceptos e instituciones del derecho inglés, debe ser explicado a través de la historia.

Conforme al *common law*, el trustee (fiduciario) no es un simple administrador o bien un simple representante de los beneficiarios del trust. Es por el contrario, el propietario de los bienes fideicometidos en el trust. El trustee (fiduciario) administra por consecuencia estos bienes discrecionalmente, puede disponer conforme a su libre albedrío y no tiene la obligación de rendir cuentas. La limitación de su derecho de propiedad no es de orden jurídico, sino de orden

---

13 R. David y X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9na ed., 2001; B.A. Wortley: "Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais", *RID comp.*, 1962, pp. 699-710; -Rapport sur les trust et institutions analogues por A. Dier y H. Van Loon; in *Actes et Documents de la 15e Session de la Conférence de la Haye de droit international privé*, t. II, Trust, Loi applicable et reconnaissance, 1985; J.P. Beraudo: *Les trusts anglo-ssaxons et le droit francais*, 1992; M. Lupoi: *Trust: A Comparative Study*, 2000; *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, XVe Congrès international de droit compare, 1999; L. Neville Brown y C.A. Weston, "Grande-Bretagne" in *Juris-Classeur de droit comparé*, 1997.

simplemente moral.<sup>14</sup> Su actuación la rige no el derecho (at law), sino su conciencia; el trustee (fiduciario) debe administrar los bienes como buen padre de familia, debe destinar las ganancias y transferir en un momento dado, el capital fideicomitido a ciertas personas, designadas por el fideicomitente del trust, como sus beneficiarios (fideicomisarios). Sin embargo ninguna acción le debe pertenecer al fideicomisario, según el *common law*, para hacer valer sus derechos. Según el *common law* al fideicomisario no le asiste ningún derecho. Debe tenerse presente que al incumplimiento de las convenciones contractuales, en la época en que nació el trust, no eran objeto de sanciones de manera general por el *common law*.<sup>15</sup>

La Corte de la Cancillería, frente a las carencias del *common law*, tuvo que intervenir, cuando el trustee (fiduciario) no actuaba de conformidad con la confianza que el fideicomitente le había depositado en el trust y cuando contrariando su conciencia, no administraba los bienes fideicomitidos en el interés del cestuis que trust (fideicomisarios). La Corte de la Cancillería instruyó al trustee (fiduciario) de acatar las convenciones contractuales previstos en el acto constitutivo del trust, o bien de actuar de cierta manera, bajo el apercibimiento de hacerle efectiva una sanción específica: el trustee (fiduciario) sería encarcelado, o sus bienes embargados, si no acatase la orden que le había sido instruida por la Corte de la Cancillería.

De hecho, la amenaza de esta sanción será efectiva y el trustee (fiduciario) actuará conforme a lo prescrito por la Corte de la Chancillería. Al trustee (fiduciario) no se le reducía al rango de un mero representante: Equity follows the law; el trustee (fiduciario) permanece en la concepción inglesa, como un auténtico propietario. Esta calidad de propietario puede ser más fácilmente identificada, si consideramos la extensión de poderes que le pertenecen sobre los bienes constituidos en trust: los poderes del trustee (fiduciario) no se acotan en poderes de administración; antes al contrario, goza de plenos poderes de disposición. El trustee (fiduciario) puede vender, o incluso donar, los bienes fideicomitidos en el trust: estos actos de disposición son, en derecho, plenamente válidos; la plena propiedad de bienes fideicomitidos le es por lo tanto transmitida al adquirente.

En la equity, en todo caso, en el supuesto de enajenación de los bienes fideicomitidos en un trust, el trustee interviene de una doble manera: al principio de subrogación se le da un efecto real y personal. Si el trustee (fiduciario) enajenó a título oneroso los bienes fideicomitidos en el trust, se le conceptúa cómo una contraprestación con efectos subrogatorios de los bienes fideicomitidos; al trustee (fiduciario) a partir de ese momento se le considerará como trustee (fiduciario) de las sumas provenientes de su venta, o de bienes adquiridos con la contraprestación recibida. En segundo término se identifica el supuesto en el que el tercer adquirente de bienes adquirió los bienes a título gratuito o en el que el adquirente es de mala fe (ya que sabía o debería haber sabido que al trustee (fiduciario) no le asistían, según el acta constitutiva del trust, los poderes suficientes para disponer de bienes fideicomitidos); en este último supuesto la transmisión de la plena propiedad de los bienes fideicomitidos producían todos sus efectos legales; los bienes fideicomitidos ingresaban al patrimonio del adquirente de mala fe; pero si bien el adquirente de mala fe adquiría los bienes fideicomitidos y con ello adquiría el status de

---

14 Es de destacarse que en todo caso los bienes fideicomitidos en *trust* no pueden ser adquiridos por el *trustee*.

15 La categoría jurídica del *trust* se desarrolló fuera del campo contractual, y permaneció como una categoría jurídica enteramente diferente de la noción de contrato; aun cuando en el origen del *trust*, en la mayoría de los casos, exista prestaciones que puedan conducir a considerarlas como contractuales.

legítimo propietario legítimo (at law) de los bienes, se convertía simultáneamente en trustee (fiduciario) y debía a su vez conservar los bienes fideicomitidos y administrarlos en interés de los fideicomisarios del trust.

260. Naturaleza de los derechos de cestui (fideicomisarios). ¿Cuáles son, en esta concepción, los derechos de los fideicomisarios del trust? La respuesta a esta interrogante es, en estricto derecho, que no tienen ningún derecho. Los fideicomisarios no tienen, en los bienes fideicomitidos, más que intereses (beneficial interest), garantizados en una cierta medida y según ciertas reglas por la equity. A partir del momento en que la equity, se convirtió ya sistematizada en un conjunto de reglas de derecho complementarias del *common law*, el trust pudo en substancia, ser interpretado en forma distinta.<sup>16</sup> Sin embargo, es necesario insistir que no se trata de una aplicación del principio de la representación. Este análisis, desde una perspectiva histórica dejaría sin respuesta a un cierto número de soluciones admitidas por el derecho inglés. Más que vinculado con la noción de mandato al trust se le vincula con un desmembramiento de la propiedad; ciertos atributos de la propiedad (legal ownership) pertenecen al trustee (fiduciario) y otros atributos de la propiedad (equitable ownership) adscritos al cestui que trust (fideicomisarios).

261. Concepción romanista de la propiedad. Lo que nos desorienta en este análisis, es que la propiedad no se encuentra desmembrada en el supuesto del trust según los elementos de análisis que nos son familiares. Nosostros, en el derecho romanista preentamos la propiedad como la suma de tres prerrogativas reconocidas al propietario: el usus, el fructus y el abusus. Este análisis, por más tradicional que sea, es sorprendentemente rudimentario; el trust nos obliga a darnos cuenta. Resulta poco elegante, para expresarlo de alguna forma, comprender dentro del mismo vocablo usus al derecho de usar un bien (habitar una casa) o al derecho de administrarla (ejecutar reparaciones, o conceder su uso a una tercera persona); resulta casi ridículo agrupar bajo un mismo vocablo el de abusus prerrogativas tan diferentes como el derecho a destruir materialmente un bien, y aquel de realizar sobre el bien actos de disposición. Una vez que se haya percibido la insuficiencia del análisis del contenido del derecho de propiedad, se puede comprender de mejor manera el trust. El trustee (fiduciario) es un propietario, cuyas prerrogativas se encuentran limitadas por el acta de constitución del trust y por las reglas de la Equity que fue desarrollado por la Corte del Cancillería. En la práctica, de forma general, le asiste el derecho de realizar sobre los bienes del trust actos de administración y de disposición; pero carece del derecho de uso (en el sentido literal del término), goce del bien y del derecho de destruirlo materialmente.<sup>17</sup>

262. Concepción inglesa de “tenures”.<sup>18</sup> La división de las prerrogativas del propietario, que son realizadas por el trust, no es posible conceptuarla en el derecho romanista, en donde se admiten exclusivamente ciertos supuestos de desmembramientos del derecho de la propiedad, en número

---

16 Sobre esta transformación de la *Equity*, véase la introducción de D.E.C. Yale, *Lord Nothinham's Manual of Chancery Practice and Prolegomena of Chancery and Equity*, 1965.

17 Esta divergencia entre el derecho inglés y el derecho francés está en el origen de la diferencia de concepción entre el *trust* y la *fiducie*, que es una nueva fórmula contractual que Francia adoptó. El proyecto de ley elaborado en 1992 fue abandonado en 1996.

18 *Tenure*: derecho real sobre bienes inmobiliarios.

muy limitado; el trust no se encuentra en ninguno de los supuestos de desmembramiento autorizado por la ley. El jurista inglés tiene serios problemas para comprender las reglas que gobiernan los derechos romanistas en materia de propiedad y no comprende por qué no podemos admitir en nuestro derecho una combinación cuya importancia práctica y beneficios le parecen indiscutibles. Los problemas se incrementan si se pondera la regla, conforme a la cual existe un *numerus clausus* de derechos reales y según la cual el derecho de propiedad no puede ser en consecuencia desmembrado más que a través de ciertos esquemas, lo que resulta totalmente ajeno al derecho inglés y a la mentalidad de los juristas ingleses. El principio del desmembramiento de la propiedad resulta a los juristas ingleses tan natural como lo es en los derechos de Europa continental el principio de libertad contractual.<sup>19</sup>

263. Joint tenancy y tenancy in common. En conexión con la institución del trust, y siempre con el ánimo de evidenciar la diferencia en los conceptos propios del derecho inglés y el del derecho francés, debe poderarse nuevamente la distinción que hace el derecho inglés entre dos formas de copropiedad: joint tenancy y tenancy in common. La tenancy in common es el equivalente de nuestra copropiedad, aún cuando su reglamentación pueda ser, en detalle, diferente. La joint tenancy, por otro lado, es una forma propia al derecho inglés que pudiera parecer, a primera vista, extraña. En esta forma de propiedad, que pudiera evocar el tontine francés, nadie sucederá en sus derechos al copropietario cuando éste desaparece, que en principio pertenecían en común a varios copropietarios, sino que va a restringirse gradualmente el número de sus titulares a los que sobrevivan. ¿A qué corresponde esta forma jurídica? Es fácil de explicar, en relación con la institución del trust. Los *cestuis que trust*, (fideicomisarios) que usualmente, serán *tenants in common*; los trustees (fiduciario) por el contrario, serán *joint tenants*. Existe con frecuencia una variedad de trustees (fiduciario); esto es una protección suplementaria para los fideicomisarios del trust, los actos de administración y de disposición referentes al trust pueden ser ejecutados en común por diversos trustees. En el evento que alguno de los trustees llegare a desaparecer el trust no puede seguir siendo administrado por sus herederos, que quizá pudieran resultar incompetentes para hacerlo. Este evento se evita a través de la institución de la joint tenancy; el trust, después de la desaparición de uno de los trustees, continua siendo administrado válidamente por los trustees supérstites. Con la excepción, si fuere el caso, de completar su número reclutando a un nuevo trustee, de conformidad con las disposiciones del acta constitutiva del trust, o a las instrucciones proporcionadas por la Corte, en la actualidad la División de la Corte de la Chancillería.

Se podrían multiplicar ejemplos similares que expresasen la diversidad de estructura entre el *common law* y el derecho francés, específicamente las nociones que pueden reconocerse en cada uno de esos derechos. La historia diversa de estos dos derechos ha engendrado, en todos los ámbitos, una manera peculiar de agrupar las reglas de derecho y de elaborar los conceptos que difiere profundamente en el continente europeo y en Inglaterra. Los conceptos de los derechos romanistas fueron elaborados esencialmente en las universidades teniendo como origen el derecho romano. Los conceptos ingleses provienen principalmente de las antiguas formas de procedimiento que permanecieron impregnadas de formas de pensar provenientes de la Edad

---

19 F.H. Lawson y B. Rudden, *The Law of Property*, 2a. ed., 1986, pp. 76 y ss.

Media, aún cuándo hayan sido desde entonces, en gran medida racionalizados con el propósito de satisfacer las necesidades de la sociedad moderna.

### 1. Procedimiento y reglas de fondo

264. Tendencia de los juristas romanistas. El interés de los juristas del continente europeo, tradicionalmente, se vierte sobre las reglas de fondo de su derecho (substantive law). El procedimiento no ha merecido la atención debida, al igual que todo lo que concierne a las pruebas y la ejecución de las decisiones de la justicia (adjective law o procedimiento). Esta jerarquía del derecho sustantivo y del procedimiento proviene desde la antigüedad: ya en Roma se distinguían los prudentes, únicos jurisconsultos dignos de ese nombre, y los abogados (oradores), para quienes la dignidad y el rango era sin discusión inferiores a la de los prudentes. La formación de juristas en las universidades reafirmó esta concepción: el derecho apareció vinculado a la teología moral; el jurista se significaba por ser aquel que hubiera estudiado este modelo racional que era el derecho romano; se oponía al abogado practicante que conocía las recetas de procedimiento, los reglamentos locales, pero que no tiene cultura general de los juristas y no conoce los principios.

265. Carácter específico del derecho inglés. El derecho inglés no es derecho de las universidades ni un derecho de principios; es un derecho de procedimiento y de litigantes. El gran jurista en Inglaterra es el juez, quien emerge de las filas de los abogados practicantes; no es el profesor de derecho universitario. Escasos juristas, en la antigüedad, habían recibido su formación en una Universidad; ninguno de los grandes jueces que marcaron con su nombre el siglo XIX tenía un título universitario. La mayoría de los juristas estaban formados en la práctica, quienes escuchaban las enseñanzas de los jueces, y participaban en el trabajo de los abogados. Estudiar y conocer los principios no hubiera contribuido mayormente en el ejercicio de su profesión. Lo esencial hasta el siglo XIX, en Inglaterra, consistió en una forma de acción que permitiera recurrir a las cortes reales, y evitar los obstáculos que emergían, a cada paso, un procedimiento muy formalista. De llegar al término del proceso, se podía albergar la confianza en el jurado para reconocer la justicia de su causa. La dificultad consistía justamente en llegar hasta el término del proceso, y para ello hacía falta concentrar la atención sobre los obstáculos de toda clase que se pudiera encontrar en el transcurso del procedimiento. El procedimiento por otra parte encontraba su conclusión ante el jurado; reglas estrictas de prueba debían de haber sido elaboradas a este respecto, que resultaban necesarias si se quería obtener veredictos razonables por parte de jurados ignorantes y expuestos fácilmente a la emotividad.

El procedimiento, consecuentemente se va colocar como la principal preocupación de los abogados practicantes ingleses; su buen sentido les hizo comprender que carecía de sentido tener razón, si no se puede lograr que se haga justicia. El derecho inglés permaneció en cuanto a reglas de fondo hasta el siglo XIX, extraordinariamente impreciso y sin adoptar forma alguna. El derecho inglés de los contratos, particularmente nace, se puede afirmar, a partir de los siglos XIX y XX.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Blackstone, en sus "Commentaires sur le droit anglais", en 4 volúmenes, publicados entre los años 1765-69, no consagra más que 26 páginas al derecho de contratos. La primera obra inglesa —es necesario consignarlo es para

266. El procedimiento inglés actual.<sup>21</sup> El procedimiento inglés, de hace aproximadamente cien años a la fecha, se ha venido simplificando. Por otro lado el derecho inglés en cuanto a las reglas sustantivas, se ha enriquecido considerablemente y ha adquirido un rigor ciertamente comparable al derecho romano-germánico. Los juristas ingleses frecuentan en la actualidad escuelas de derecho en sus universidades para aprender los principios, que han sido sistematizados a la fecha en una forma plenamente comparable a los principios de los diferentes derechos romano-germánicos. El origen del pensamiento proveniente de una tradición secular, no obstante, se perpetúa en un número de instituciones y permanece presente en sus juristas, aún cuando en la actualidad el procedimiento inglés experimente reformas muy profundas.

Conforme a un enfoque tradicional, el procedimiento que se observa ante las cortes de justicia, permanece en substancia el mismo del que se desahogaba cuando la presencia del jurado era habitual; en la actualidad la presencia del jurado, es necesario puntualizarlo, resulta excepcional en materia civil y también en materia penal. A partir de esta perspectiva, el procedimiento se prepara cuidadosamente, de tal manera que los puntos de desaveniencia aparecen claramente entre las partes, y puedan ser resueltos mediante la respuesta afirmativa o negativa, que corresponde a la práctica francesa en donde la única jurisdicción que recurre a un jurado es la Corte penal (*cours d'assises*). El procedimiento deriva en una audiencia pública, *the day in Court*, donde los puntos de desaveniencia son elucidados mediante una técnica de prueba completamente oral —audiencia de testigos—, que son interrogados sucesivamente por los abogados de las dos partes (*examination-in-chief* y *cross-examination*): no existe expediente alguno de la controversia; todo debe desahogarse oralmente en la audiencia, en la que un jurado en el pasado analfabeta debe formarse su criterio. Ciertas pruebas son excluidas, tanto en materia civil como criminal, ya que podrían producir un efecto indebido en el espíritu de unos jurados a los que se supone todavía ignorantes; el derecho inglés se caracteriza por la riqueza y por la tecnicidad, considerada por algunos como excesiva, de su sistema probatorio.<sup>22</sup> Por efecto de todas estas reglas, el procedimiento ha conservado en Inglaterra una importancia capital en comparación con los países del continente europeo, sobre todo si se considera al derecho inglés en sus partes tradicionales, aquellas que constituyen lo que se ha llamado el derecho de los juristas (*lawyer's law*).<sup>23</sup>

Sin embargo, la administración de la justicia en Inglaterra adoleció de ciertas disfunciones, específicamente de cierta lentitud, de un alto costo y de una particular complejidad. A fin de remediar estos problemas, se creó una Comisión presidida por un juez de gran renombre, Lord Woolf, <sup>24</sup> que resumió su trabajo en un informe. Al informe de Lord Woolf le sucedieron una

---

decir lo menos mediocre— sobre el derecho de contratos fue publicada en 1847. F.H. Lawson, *The Oxford Law School 1850-1965*, 1968, p. 21.

21 R. David y X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9a. ed., 2001, R. David; R. White, *The English Legal System in Action; the Administration of Justice*, 3a. ed., 1999; J. Bell, "L'Angleterre: à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile" *Revue générale des procédures* 1999, 2, p. 307; Smith, Bailey, and Gunn *on the modern English legal system*, 2001; J.R. Spencer, *La Procédure pénale anglaise*, 1998.

22 Véase *verbi gratia* en derecho penal, J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, pp. 89 y ss.

23 C.J. Hamson, "Le trial anglais", *RID comp.*, 1956, pp. 529-537.

24 *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil Justice System in England and Wales*, 1996

serie de importantes reformas,<sup>25</sup> en donde se introdujeron nuevas reglas de procedimiento civil que modificaron sensiblemente el carácter de la administración de justicia civil en Inglaterra.<sup>26</sup> Los poderes de los jueces en la conducción del proceso fueron incrementados. La tradición inglesa deja al cuidado de las partes la preparación de la audiencia y de decidir los planteamientos llevadas ante el juez. Las partes asumen lo esencial de la iniciativa y del seguimiento del proceso; ellas determinan el ritmo del proceso. La función del juez consiste en resolver los planteamientos elegidos por las partes en el momento en que éstas decidan llevarlas a la corte. En la actualidad empero, los jueces están más implicados en la gestión del desarrollo del litigio. Este nuevo enfoque del procedimiento de case management tiende a limitar los retrasos a veces creados por las partes en el litigio (intentar inducir a la parte económicamente más débil a aceptar compromisos que le son adversos). Este nuevo enfoque se aleja de la función pasiva del juez que es característico del sistema “adversarial”. El informe de Lord Woolf hace explícita referencia al enfoque más intervencionista del juez, de los países romanistas.<sup>27</sup> El informe de Lord Woolf se ha auto calificado en una posición “mid-channel” (a media Mancha).<sup>28</sup> Los mecanismos del nuevo procedimiento civil miran a crear un nuevo ambiente de cooperación entre las partes, abreviar la duración del proceso, reducir su costo, permitirle al juez dirigir el procedimiento y alentar los métodos alternativos de solución de controversias.<sup>29</sup>

267. Espíritu actual de los juristas ingleses. Es necesario destacar, desde el punto de vista psicológico, la persistencia en Inglaterra de un Estado de espíritu que le asigna una importancia muy particular al procedimiento.

El postulado que el inculpado debe tener un fair trial (ser tratado con lealtad en un procedimiento equitativo), y el postulado que sostiene que antes de reglamentar, se debe observar un procedimiento regular (the rules of natural justice) constituyen los postulados centrales del derecho inglés, derecho conceptualizado desde una perspectiva esencialmente contenciosa y que por momentos pareciera ocuparse más de la administración de la justicia, que de la justicia misma.<sup>30</sup> Las dos cosas evidentemente, no pueden ser disociadas. Para el jurista inglés es fundamental seguir un procedimiento bien reglamentado y que se distingue por su lealtad concluirá casi seguramente, según lo sostiene el jurista inglés, en una solución de justicia. La atención de los juristas ingleses quedó vertida durante siglos en el procedimiento que se ha venido desplazando lentamente hacia las reglas de fondo del derecho.

---

25 Véase el artículo de J. Bell, “L’Angleterre: à l’aube d’une réforme radicale de la procédure civile”, *Revue générale des procédures*, 1999, 2, p. 307.

26 Actualmente la administración de la justicia penal inglesa fue objeto de una reevaluación fundamental conducida por Lord Justice Auld; véase el portal de Internet: [www.criminal-courts-review.org.uk](http://www.criminal-courts-review.org.uk)

27 *Access to Justice: interim report to the Lord Chancellor on the civil Justice System in England and Wales*, 1995, Capítulo 5.

28 *Reporte de información sobre “La reforma de la justicia civil en Inglaterra”*. (Reporte del senado, 1997/98), Capítulo III.

29 J.BELL, “L’Angleterre: à l’aube d’une réforme radicale de la procédure civile” *Revue general des procédures*, 1999, 2, p. 307; J. Martín, “Administration de la justice et techniques de management: l’exemple anglais”, *RID écon.*, 1999, 266.

30 “Justice before Truth” es el principio rector en el derecho inglés: véase el artículo del Lord Chancelier, Viscount Klimuir, en *76 Law Quaterly Review*, 1960, p. 41. El respeto de las reglas concernientes a la administración de la justicia se impone a la verdad, incluso en detrimento de casos excepcionales.

El jurista del continente europeo identifica en el derecho, los principios, o el principio mismo del orden social. Intenta definirlo, mejorarlo, bajo la óptica de estos principios: sostiene entre otros, el principio de las libertades políticas, el de los derechos sociales, el de la santidad de la propiedad y de los contratos, y deja al cuidado de los abogados practicantes la correcta ejecución —o de desproveer de sanción— estos principios. El jurista inglés, heredero de los abogados practicantes, recela de lo que considera fácilmente como fórmulas vacías; la siguiente interrogante está presente constantemente presente en su ánimo: ¿qué sentido tiene la afirmación de un derecho o de un principio, si en la práctica no existe el medio adecuado para ejecutarlo?

Las dos actitudes han sido, indudablemente determinadas por su respectiva historia. La actitud inglesa se estableció en forma natural en un país donde no existía un cuerpo de reglas de derecho al cual referirse, y donde los jueces estaban convocados a construir, empíricamente, el *common law*. La actitud francesa se explica, a la inversa, por la recepción, o al menos por el prestigio del derecho romano, del cual se acepta su herencia.

## SECCIÓN 2 REGLA DE DERECHO Y LEGAL RULE

268. Concepción jurisprudencial de la legal rule. Otra diferencia de estructura entre los derechos de la familia romano-germánica y del *common law* se expresa en otro plano, si se compara la diferente acepción que un jurista francés le atribuye al vocablo regla de derecho y lo que un jurista inglés denomina legal rule.

Para poder elucidar este planteamiento habrá que subrayar, la función de la jurisprudencia y la de la legislación, como fuentes del derecho, que es una de las diferencias básicas entre derecho francés y derecho inglés. El derecho inglés, que se explica cómo una síntesis de los diversos procedimientos del *common law*, continúa siendo esencialmente un derecho jurisprudencial (case law), aún cuando es necesario precisar que en este derecho existen cada vez con mayor frecuencia un número importante de leyes que reglamentan otras tantas disciplinas del derecho; esas reglas deben ser identificadas fundamentalmente, en la ratio decidendi de las resoluciones emitidas por las cortes superiores de Inglaterra. En la medida en que pronuncia declaraciones que no son estrictamente necesarias para la solución de la controversia, el juez inglés se expresa obiter, emite opiniones que pueden siempre ser cuestionadas y discutidas, ya que no constituyen en sentido estricto reglas de derecho. La legal rule se ubica en consecuencia a nivel del caso concreto, en ocasión del cual se ha formulado, a fin de resolver el caso concreto. Sería imposible conceptualarla en una jerarquía normativa superior sin llegar a desnaturalizar el derecho inglés, haciendo un derecho doctrinal; los juristas ingleses se han mostrado particularmente reticentes a tal transformación; y los juristas en la práctica sólo adoptan las reglas de derecho formuladas por el legislador, aún cuando requieran de una mínima interpretación, únicamente cuando han sido efectivamente interpretadas por la jurisprudencia; de esta manera, las aplicaciones jurisprudenciales equivalen, en el sistema de derecho inglés, a las disposiciones dictadas por el legislador.

En otra perspectiva, es plenamente conocida la jerarquía normativa en los derechos del continente europeo, en donde la trama no está determinada por las decisiones de jurisprudencia. Los principios que en estos derechos pueden ser identificados, fueron elaborados por la doctrina de las universidades, que se dedicaron a sistematizar y modernizar las referencias del derecho de Justiniano. La regla de derecho en el derecho inglés es una regla capaz de dar, de manera inmediata, la solución a una controversia. Esta regla de derecho es imposible entenderla en toda

su extensión, al igual que su alcance, sin conocer previa y debidamente todos los elementos de hecho de la controversia, a propósito de la cual se han invocado. La regla de derecho en el continente europeo vinculada a la teología moral, más que al procedimiento o a los procedimientos, es una regla de derecho, elaborada por la doctrina o enunciada por el legislador, redactada para normar la conducta de los ciudadanos, con una vocación de generalidad y por lo tanto sin ninguna vinculación con una controversia en particular. Ambas reglas de derecho, que responden a orígenes distintos tienen igualmente propósitos diferentes, y por lo tanto carecen de la misma vocación de generalidad; la regla de derecho francés es inevitablemente más expandida que la regla inglesa. La traducción de legal rule por regla de derecho carece funcionalmente de equivalencia, salvo en una mínima parte; antes al contrario tiende a crear una grave confusión del equivalente funcional de la concepción de la legal rule inglesa.

269. Ejemplos. Los juristas de la familia romano-germánica se interrogan con frecuencia, en relación con los contratos formados entre contrantes ausentes, que tan conveniente resulta adoptar la tesis de la emisión o aquella de la recepción; a este efecto se plantea la siguiente interrogante: ¿el contrato debe tenerse por formalizado cuando la aceptación de la oferta se envía o cuando la aceptación se recibe por el oferente? Esta forma de planteamiento es, desde la perspectiva de un jurista inglés, demasiado general;<sup>31</sup> diversas reglas pueden parecer plenamente justificadas según el interés de poner el énfasis en la fecha, elemento temporal, o de determinar el lugar, elemento espacial, donde el contrato se ha concluido, o aún incluso cuando el contrato haya sido concluido con la concurrencia de un intermediario (la administración de correos) o bien de manera directa (vía diferentes medios de comunicación tales como el teléfono o el fax).

De la misma manera, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sería impensable introducir en Inglaterra principios generales, a semejanza de aquellos que pueden ser identificados en los códigos de del continente europeo y especialmente en el Código Civil francés. Las diferentes clases de culpa y de las nociones de perjuicio, las variadas circunstancias en las que se pudo haber provocado el daño, responde a reglas particulares. Al ignorar la noción abstracta de culpa, los juristas ingleses se ven obligados a identificar en las diferentes especies de comportamientos ilícitos, una extensa variedad de agravios, y en el supuesto del agravio por “negligencia”, terminan por interrogarse si existía o no, en las circunstancias en las que se provocó el daño, una obligación de vigilancia (duty of care) a cargo de la parte demandada. Los juristas ingleses, al evaluar la presunta responsabilidad en que pudiera haber incurrido el propietario de una finca, diseñan reglas de derecho para ponderar si la víctima del daño tenía o no el derecho de encontrarse en la finca; si ésta había sido invitada por la parte demandada; si la víctima era adulto o menor; si el accidente se debió o no a la remodelación de la finca; entre otras circunstancias. En relación con los diferentes tipos de delitos civiles en el derecho inglés se considera inicialmente la naturaleza del perjuicio causado; diferentes reglas de derecho gobiernan la reparación del daño ocasionado a una persona, a una cosa, a un patrimonio considerado globalmente, al daño material o al daño moral. Es altamente revelador que no se pueda traducir fácilmente al inglés los vocablos culpa y perjuicio en tanto que las nociones clave del derecho inglés en materia de responsabilidad civil son los daños y perjuicios (damages). Las fórmulas generales empleadas en los códigos en la perspectiva del derecho inglés resultan ser meros

---

31 J.C. Montanier y G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, 1999, p. 13.

preceptos morales, antes que constituir verdaderas reglas de derecho; la legal rule inglesa, a la inversa, introdujo una casuística que resultó en ocasiones tan sutil y tan complicada que requirió la intervención simplificadora del legislador.

270. Sistema abierto y sistema cerrado. Los desarrollos que preceden son fundamentales para poder comprender el derecho inglés y para comprender, en particular, los métodos de sus juristas. Los derechos de la familia romano-germánica constituyen conjuntos coherentes, “sistemas cerrados”, donde todo tipo de cuestión puede y debe, al menos en la teoría, ser resuelta mediante la “interpretación” de una regla jurídica existente. El derecho inglés es, al contrario, un “sistema abierto”; abarca un método que permite resolver toda clase de controversias, pero no desarrolla reglas de fondo que en su aplicación regulen toda clase de circunstancias. La técnica del derecho inglés no es una técnica de interpretación de las reglas jurídicas; esta técnica consiste en tomar cómo punto de origen una legal rule ya creada, y partir de ella descubrir otra legal rule, quizá nueva, que deberá ser aplicada en un caso específico; esta técnica se desarrolla en estrecha vinculación con los hechos de cada caso particular, y deberá ponderar con esmero la nueva racionalidad existente que permita distinguir las nuevas condiciones de cada situación de su realidad con aquellas que prevalecieron en el pasado. A una situación nueva corresponde, o debe corresponder según los juristas ingleses, una nueva regla de derecho. La función del juez es la de impartir justicia. No es su función formular, en términos generales, reglas de derecho que excedan la controversia que le ha sido sometida. La concepción inglesa de legal rule, más estrecha que nuestra concepción de regla jurídica, encuentra su explicación en la historia, en el hecho que el *common law* se formó por obra de los jueces; está vinculado íntimamente a la técnica de las distinctions que, por oposición a la de la interpretation, constituye el método del derecho inglés.

271. Carácter anormal de la regla legislativa. Existen otras consecuencias igualmente importantes vinculadas a la concepción tan diferente que existe, en Inglaterra y en Europa continental, de la regla de derecho. En primer término, destaca el carácter tradicionalmente secundario que confiere el jurista inglés a las reglas de derecho de origen legislativo (statute law). El legislador siempre ha estado tradicionalmente mal posicionado para formular las reglas de derecho en forma tan casuística cómo esto hubiera sido posible; el legislador no puede ubicarse en la misma posición que la de los jueces, salvo en aquellos supuestos normativos en donde el legislador se limita a aportar un erratum al *common law*; las disposiciones legislativas estarán plenamente asimiladas al derecho inglés en la medida en la que hayan sido retomadas y reafirmadas por las cortes, conforme al método de elaboración normativa normal del *common law*. Esta observación es muy importante ya que involucra de hecho, al menos en teoría, la imposibilidad de una codificación a la francesa en Inglaterra. Así es de constatar que, en diversos países del *common law* donde la fórmula de la codificación ha sido adoptada conforme al modelo francés, ya sea en los Estados Unidos de América o en la India, los códigos que han sido promulgados no han tenido el mismo éxito de convertirse en el fundamento jurídico que representan para Francia los códigos napoleónicos.

272. Legal rule y reglamento administrativo. En la actualidad la manera tradicional en la que se concibe en Inglaterra la legal rule ha engendrado graves dificultades, en consideración a que la ley y los reglamentos administrativos se han convertido en los instrumentos naturales a los que se recurre para transformar la sociedad. Las leyes y reglamentos se han limitado, a menudo fijar directrices, prever estándares de conducta y dejar a las administraciones, y a aquellos que tengan

el ejercicio de un control, amplios poderes de apreciación. Las cortes inglesas han admitido en este supuesto que la interpretación de los reglamentos y leyes pudiera hacerse de forma distinta a la tradicional; ésta última manera de interpretación se asemeja mucho a lo que se practica en el continente europeo. Este resultado se obtuvo, no por haber adoptado una nueva concepción de la regla de derecho e imponer con ello, nuevos principios de interpretación, sino el haber reducido el alcance de control que las cortes, únicas calificadas para pronunciar lo que es “el derecho”, deberían ejercer sobre las decisiones de los organismos que resuelven un contencioso “cuasi-judicial”.<sup>32</sup>

273. La inflación del derecho. La concepción que tenemos de la regla de derecho en Inglaterra conduce, en segundo término, a lo que se ha llegado a considerar como una verdadera inflación de derecho en Inglaterra. En los sistemas de derecho romano-germánicos con el ánimo de reducir el derecho a unos cuantos principios básicos, quizá se haya dejado, en algunos ámbitos, demasiada discrecionalidad a la apreciación al juez, al sostener que la doctrina o bien la legislación no debían reducirse al análisis en el examen de los hechos. Nuestro derecho, lo percibe el jurista inglés demasiado esquemáticos; el jurista inglés asume que estos esquemas pueden variar con facilidad el contenido de las reglas de derecho lo que resulta poco propicio para la seguridad de las relaciones jurídicas. El derecho inglés nos da una impresión contraria. Nos parece saturado de definiciones legales,<sup>33</sup> de soluciones de detalles, que a nuestro juicio, sería mejor dejar a la discreción del juez en cada caso particular, en vez de que este quede encadenado a la regla del precedente.

La ley puede también conceder a los jueces en diversos supuestos, en el derecho inglés, un amplio “poder discrecional. Pero esta fórmula general tiene un significado muy diferente al que se le atribuye en un derecho romanista. Esta fórmula legal carecería de sentido, en la perspectiva del jurista inglés, hasta en tanto exista una multitud de legal rules, de origen judicial, en las que se determinen en forma precisa, cuándo el juez debía hacer valer su poder discrecional. El reglamento de la Corte Suprema de Justicia ha debido reducirse a declarar, mediante una fórmula lacónica, que a los jueces miembros de la Corte les asistía un poder plenamente discrecional en materia de costas de justicia.<sup>34</sup> Esta lacónica disposición fue neutralizada en una multitud de resoluciones, que precisaron cómo, conforme a derecho, debía ser ejercido este poder discrecional; un reglamento específico en materia de costas judiciales, sistematizó esta jurisprudencia formulando 35 reglas que requirieron 148 páginas en una guía de procedimiento elaborada por la propia Corte. Una reforma hubo de implementarse posteriormente: este planteamiento está actualmente regido por las llamadas Civil Procedure Rules.

La regla francesa conforme a la cual a todo comerciante se le debe declarar culpable por prácticas de competencia desleal en las que haya incurrido en detrimento de sus competidores, los juristas ingleses no la perciben como una verdadera regla de derecho. Se le percibe cómo una fórmula vaga, destinada a proporcionar a los jueces una directriz general de equidad. En el derecho inglés para poder conceptualmente considerar una legal rule, se hace necesario esperar

---

32 S. Flogaitis, *Administrative Law et droit administrative*, 1986, pp. 198-202.

33 J.B. Saunders, ed., *Words and Phrases Legally defined*, 3era ed., 1988. 5 vol, y suplementos anuales; F. Stroud, *Judicial Dictionary of Words and Phrases* (5 vol., 1975).

34 Rules of the Supreme Court, Orden 65, rule 1, confirmadas a través de la *Judicature Act*, 1925, s.50 (1).

que las cortes se hayan pronunciado sobre un caso concreto y que hayan decidido que en las circunstancias de ese caso concreto había, o no había, competencia desleal y con ello sancionar a su autor por esa práctica. La regla de derecho inglesa es indisociable de los elementos de hecho en la especie, que son los únicos que permiten comprender el alcance del sentido de la regla de derecho. La regla de derecho no está encarnada en una fórmula legal. Los hechos en la especie penetran en la estructura del derecho inglés, y acceden cómo tales, al rango de regla de derecho. El empleo que se hace en Inglaterra de los diccionarios jurídicos, atestigua una cierta hipertrofia del derecho inglés, que muchos autores han deplorado constantemente.

274. Derecho imperativo y reglas supletorias. La concepción que priva de la regla de derecho en Inglaterra excluye, en tercer término, una distinción elemental en los derechos romano-germánicos, la relativa a las reglas de derecho imperativas y a las reglas de derecho supletorias. Estas mismas expresiones son intraducibles en inglés. La concepción de las reglas supletorias adquiere únicamente relevancia para el jurista que desarrolle su análisis a partir de la doctrina o de la legislación, desde una óptica de casos-tipo. Por su parte, el juez inglés se niega a considerar casos-tipo; su función es la de pronunciarse sobre un caso concreto, considerando al efecto los precedentes. ¿Cómo podría sostener que salvo convenio en contrario, el pago es exigible o bien que, salvo estipulación contraria, el vendedor debe responder de los vicios ocultos del bien objeto de la venta? De haber un pronunciamiento jurisdiccional éste sería hablar obiter. El carácter de reglas de derecho se rechaza inevitablemente en Inglaterra cuándo éstas se encuentran en fórmulas generales que son percibidas por los juristas ingleses cómo de naturaleza doctrinal; al tener una posición jerárquica normativa superior a la *ratio decidendi* de una decisión judicial cualquiera que ésta pudiera ser, se ven impedidas de ser consideradas cómo reglas de derecho en el sistema casuístico del *common law*. Las reglas de derecho supletorias pueden por el contrario ser enunciadas en Inglaterra por el legislador. La categoría jurídica “reglas de derecho supletorias” no ha obtenido en este derecho carta de naturalización ya que a este derecho se le ha concebido, conforme a la tradición, como un derecho jurisprudencial, en el cual la función de la ley es secundaria.

---