

CAPÍTULO 3 FUENTES DEL DERECHO INGLÉS

275. Justificación del plan. El derecho inglés, elaborado en la historia por las Cortes de Westminster (*common law*) y por la Corte de la Chancillería (Equity), no es un derecho jurisprudencial sólo por sus orígenes lejanos. Debido a que careció de la influencia de las universidades y de la doctrina y a que careció igualmente de una modificación general del derecho a través de la vía legislativa mediante la técnica de la codificación, el derecho inglés preservó sus características originales conservando tanto sus fuentes de derecho como su propia estructura. Es señaladamente un derecho jurisprudencial (*case-law*), y es por ello que su análisis debe iniciarse a través del estudio de sus fuentes.¹

La ley —cuya traducción al idioma inglés es *statute*— ha tenido una función secundaria en la historia del derecho inglés; se ha limitado a contribuir con correctivos o complementos a la obra de la jurisprudencia. Este proceso, sin embargo, se ha revertido en la actualidad. En la actual Inglaterra, la ley y los reglamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) no continúan desempeñando la función secundaria de antaño. Su función es similar a la que le es atribuida en el continente europeo. Sin embargo, por razones históricas, esta función se ejerce de manera diferente; la estructura del derecho inglés se niega a identificar la obra de su legislador con los códigos y leyes del continente europeo.

Comparadas a la jurisprudencia y la ley, las otras fuentes desempeñan en el derecho inglés una función secundaria. Esta función, empero, dista mucho de ser irrelevante, por lo que resulta importante su análisis.

- Sección 1. La jurisprudencia
- Sección 2. La ley
- Sección 3. La costumbre
- Sección 4. La doctrina y la razón
- Sección 5. Conclusión

SECCIÓN 1 LA JURISPRUDENCIA

El estudio de la jurisprudencia, fuente de derecho fundamental en el derecho inglés, requiere el conocimiento de los grandes principios de la organización judicial inglesa. A continuación se expondrá consecuentemente estos principios, antes de analizar, con la regla de precedente, la autoridad que le confiere el derecho inglés a las decisiones judiciales.

¹ La palabra jurisprudencia es aquí empleada en el sentido francés, para referirse a las decisiones judiciales. El vocablo inglés jurisprudencia tiene un sentido muy diferente; se aplica a lo que se llama en Francia la teoría general y la filosofía del derecho. El vocablo francés “jurisprudencia” se traduce en inglés por la perífrase *the decisions of the Courts*.

La organización judicial inglesa²

276. Diferentes tipos de jurisdicción. La organización judicial inglesa respondió durante mucho tiempo a una extrema complejidad; aún en la actualidad esta complejidad continúa siendo lo suficientemente desconcertante para el jurista del continente europeo, a pesar de las reformas que después de una centena de años lo han intentado simplificar y en alguna forma, racionalizar.

Una distinción de principio propia del derecho inglés, que es totalmente desconocida en el continente, es lo que se puede denominar por una parte la “alta justicia”, que se administra por las cortes superiores, y por la otra la “baja justicia”, que se administra por una serie de jurisdicciones inferiores o por organismos “quasi-judiciales”. La atención de los juristas se vierte especialmente en la actividad de las cortes superiores; éstas no se limitan a resolver un proceso; sus resoluciones conllevan un mayor alcance y constituyen bajo ciertas premisas “precedentes” que constituyen en lo sucesivo el hilo conductor; a través de su análisis se puede conocer el derecho en Inglaterra. La inmensa mayoría de las controversias empero, se resuelve al margen de estas cortes, por jurisdicciones inferiores, por árbitros u organismos quasi-judiciales, que no participan en el Poder Judicial, y el interés que revisten las resoluciones que pronuncian queda circunscrito al caso que ha sido resuelto.

277. Cortes superiores: la Supreme Court of Judicature. En su historia, Inglaterra ha contado con un número significativo de Cortes superiores: las Cortes de Westminster (Cour du Banc du roi, Cour des Plaids communs, Cour de l'Echiquier) la que administraban el *common law*, en tanto la Corte de la Chancillería administraba la Equity; la Corte del Almirantazgo era competente para conocer ciertos ámbitos del derecho marítimo, la Corte de Divorcio lo era en materia de derecho canónico; la Cour of Probate resultaba competente para declarar la valides de los testamentos. Las Judicature Acts de 1873/1875, llevaron a cabo una simplificación de la organización judicial inglesa, ya que suprimieron todas esas cortes y las congregaron en una nueva Corte suprema única, la Supreme Court of Judicature, bajo cuya autoridad se ejerce, excepcionalmente, el control del Comité de apelación de la Cámara de los Lores.³

La nueva organización judicial implementada por las Judicature Acts fue paulatinamente modificada, específicamente por la Administration of Justice Act de 1970, la Courts Act de 1971, y la Courts and Legal Service Act de 1990.⁴ La justicia civil experimentó un cambio importante como consecuencia del informe de Lord Woolf cuyas principales recomendaciones fueron adoptadas en la Access to Justice Act de 1999 y posteriormente con la adopción de las Civil Procedure Rules. Este análisis se limita a describir en este espacio la organización actual del

2 R. David y X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9a. ed., 2001; Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system, 2001; R. White, *The English Legal System in Action: The Administration of Justice*, 3a. ed., 1999; P. Kinder-Gest, *Droit anglais 1) Institutions politiques et judiciaries*, 2a. ed., 1993; M. Zander, *Cases and Materiales on the English Legal System*, 8a. ed., 1999.

3 Existe también, como Corte superior, l'Employment Appeal Tribunal creado en 1975.

4 J. Bell, “L'administration de la justice au Royaume-Uni”, *Revue française de l'administration publique* 57, 1991, 105.

derecho inglés, en la que la Supreme Court of Judicature está compuesta por tres cuerpos: la High Court of Justice, la Crown Court y la Court of Appeal.

La High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) está formada por tres “divisiones”: la división del trono de la Reina (Queen’s Bench Division), la división de la Chancillería (Chancery Division), y la división del derecho familiar (Family Division). La Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) es competente para conocer de controversias contractuales y de torts (responsabilidad civil), aún cuándo también cuenta con una Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y de una Commercial Court (Corte Comercial).⁵ La Court of the Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) es competente para conocer de controversias de derecho administrativo que son resueltas por tribunales a cargo de 23 jueces especializados⁶ que recientemente fue denominada cómo la Administrative Court (Corte de lo Contencioso Administrativo). La Family Division (División Familiar) es competente para conocer de las controversias concernientes a los menores de edad y ciertas controversias de divorcio y de adopción. La Chancery División (la “división” de la Chancillería) que era la antigua Corte de equity (Court of Equity) es competente, entre otros, para conocer de las controversias de los trusts, de las hipotecas, del derecho corporativo de sociedades, y de la propiedad intelectual. Existe en el ámbito de la Chancery División (la “división” de la Chancillería) una Companies Court (Corte de sociedades mercantiles) una Bankruptcy Court (Corte de insolvencias mercantiles) y una Patent Court (Corte de patentes y marcas).

El reparto del sistema competencial entre estas divisiones se hace en función de las necesidades del servicio; cada una de las divisiones, conforme a la ley, es competente para resolver sobre cualquier controversia que sea de la competencia de la High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) La atribución en la Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) de una Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y de una Commercial Court, (Corte Comercial) y en el ámbito de la Chancery División de una Company Court (Corte de sociedades) tiene cómo único significado que, en el ámbito de estas divisiones pueden existir jueces especializados con ciertas reglas de procedimiento especiales en el desahogo de controversias de naturaleza particular.⁷ En la actualidad la High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) conforme a la ley, está compuesta por ciento siete puisne judges a quienes se les denomina Justices;⁸ a estos ciento siete justices habría que agregar al Lord Chief Justice, que preside la Queen’s Bench Division, (la división del trono de la Reina), el vicescanciller, que preside la Chancery División (la división de la Chancillería), y el presidente que preside Family Division (la división del derecho familiar). A todos estos jueces se les selecciona del gremio de los abogados,⁹ para quienes el acceso a la dignidad de justicia de su majestad, constituye la culminación de un éxito profesional y social. Las controversias se desahogan inicialmente en primera instancia y ante un juez único. Este juez

⁵ La división del Trono de la Reina (*Queen’s Bench Division*) es responsable de la administración de una “*Technology and Construction Court*” que es competente para resolver litigios concernientes a hechos muy complejos como *verbi gratia* en materia de construcción.

⁶ La *Divisional Court* tiene igualmente competencia como jurisdicción de apelación, en ciertos supuestos de las decisiones de la *Magistrate Court* y de la *Crown Court*.

⁷ J. Bell, *L’organisation du contentieux administrative en grande Bretagne*, *Études et documents*, 1987, 38.

⁸ Nota del Traductor. En la terminología mexicana serían Ministros.

⁹ Principalmente entre los barristas, los abogados (solicitors) pueden igualmente ahora ser nombrados como *High Court Judges*.

único está siempre asistido por un jurado, por lo que respecta al *common law*; en materia civil la función del jurado se ha vuelto excepcional; así mismo se ha abandonado la regla conforme a la cual el veredicto del jurado (en los raros casos en los que llegaré a subsistir) debía ser aprobado por unanimidad.

La Crown Court (la Corte de la Corona) es un tribunal de relativa nueva creación, instituido por la Court Act, en 1971; es competente para imponer infracciones por delitos graves (las indictable offences y las either way offences). Su personal es mucho más versátil. La justicia se puede administrar, según la naturaleza de la infracción observada, ya sea por un juez de la High Court of Justice, ya sea por un “juez de circuito” (quien es igualmente un juez profesional, y que ejerce su actividad de tiempo completo), ya sea por su suplente (recorder), que es barrister o solicitador que temporalmente ejerce funciones de juez. Para dar una idea de la composición de estos tribunales en 2001, había 1374 suplentes. Junto al juez se puede identificar un jurado, para el caso en que el acusado se pronuncie cómo “no culpable”.¹⁰ De cualquier manera la presencia de un jurado se ha vuelto escasa en la actualidad.

La Court of Appeal constituye, en el ámbito de la Supreme Court of Judicature, un segundo grado en la jurisdicción. Esta Corte está compuesta de un máximo de 35 Lords Justices of Appeal, encabezados por el Master of the Rolls (en lo que concierne a la Civil División). Las controversias se desahogan ante tres jueces que actúan en forma colegiada; el recurso se desecha si la mayoría no conviene en modificar la resolución controvertida. Una de las dos divisiones de la Corte se ocupa especialmente de los asuntos criminales; es la Criminal División de la Court of Appeal, presidida por el Lord Chief Justice. Las controversias se resuelven en forma colegiada por un Lord Justice y dos jueces de la High Court; a diferencia de lo que acaece en la División que resuelve las controversias en materia civil no es frecuente que los jueces que en una resolución permanezcan en la minoría, den a conocer su voto particular, en la Criminal Division.

278. Cámara de los Lores. En contra de las resoluciones de la Court of Appeal se puede intentar un último recurso ante el Comité de apelación (Appellate Committee) de la Cámara de los Lores.¹¹ Este recurso es excepcional, no es un derecho. La interposición de este recurso debe ser previamente autorizado. Es en esa forma cómo, la Cámara de los Lores pronunció 83 resoluciones en 2000. Entre los Lores, los únicos que están habilitados para poder juzgar que no pueden sobrepasar el número de doce conforme a la ley, está el Lord Canciller (que preside la Cámara) y los Lores (Lords of Appeal in Ordinary), que han sido especialmente hechos pares exclusivamente con el propósito de que pudieran ejercer funciones jurisdiccionales (Lores que no son hereditarios), y aquéllos Lores que han desempeñado anteriormente ciertas funciones jurisdiccionales, enunciadas por ley. Las controversias son resueltas normalmente por cinco Lores que actúan en forma colegiada, pero en casos importantes por siete Lores. Cada Lord expresa sobre la controversia, en forma separada, su opinión, y el recurso interpuesto se desecha si la mayoría no lo admite. Así el derecho inglés ignora la práctica francesa de la casación con remisión; la Cámara de los Lores resuelve exclusivamente en cuanto al fondo respecto de los recursos de los cuales resulta competente.

10 J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, p. 64.

11 Desde 1969, es posible en contadas ocasiones recurrir directamente a la *High Court of Justice* de la Cámara de los Lores, conforme a un procedimiento conocido bajo el nombre de “*leapfrog appeal*”.

279. Comité judicial del Privy Council. La Cámara de los Lores es la jurisdicción de más alto rango no solamente para Inglaterra, pero al menos en materia civil, para todo el Reino Unido. Los jueces de la Cámara de los Lores, constituyen al actuar ya sea en lo individual o con jueces provenientes de ultramar, el llamado Comité judicial del Privy Council; este Comité es competente para conocer sustancialmente, en esta calidad, los recursos que se hayan interpuesto contra las resoluciones de las cortes supremas de los territorios británicos en ultramar o de Estados de la Commonwealth británica que no hayan excluido hasta ahora este recurso: verbi gratia Nueva Zelanda, Jamaica o Gibraltar. Los jueces de la Cámara de los Lores se ven obligados a aplicar con frecuencia otros derechos diferentes al derecho inglés.¹² Las resoluciones del Comité judicial del Privy Council —que en teoría emite simples opiniones a la Corona con el propósito de coadyuvar en el ejercicio de sus prerrogativas— están investidas, cuando se pronuncian sobre planteamientos del *common law*, de una autoridad similar a las resoluciones de la Cámara de los Lores; de unas y de otras, de hecho, se da cuenta en las mismas compilaciones.

280. El Comité judicial del Privy Council y las reformas constitucionales. Al Comité judicial del Privy Council se le atribuyó recientemente competencia en lo contencioso constitucional. Las leyes que instauraron la descentralización y la restitución de poderes a las asambleas, en Escocia, en Gales, y en Irlanda del Norte confirieron al Privy Council una función importante en las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la descentralización y restitución de poderes. Así, los law officer del Poder Ejecutivo escocés (Lord Advocate y el Advocate General), y el Attorney británico pueden, en ciertos supuestos, interponer un recurso ante el Comité judicial del Privy Council para resolver una controversia vinculada a la restitución de poderes; por ejemplo, a fin de resolver su una ley entra dentro de la competencia del Parlamento. Existen igualmente otra gama de recursos contra la legalidad de las leyes del Parlamento escocés, y está previsto un procedimiento similar para otros Parlamentos.¹³ El Privy Council se convierte en consecuencia en una Corte Suprema para controlar estos poderes descentralizados.

281. Jurisdicciones inferiores. Al margen de las cortes supremas, existe en Inglaterra una gran variedad de jurisdicciones inferiores, a través de las cuales la inmensa mayoría de los asuntos son en la práctica resueltos.

En materia civil las principales jurisdicciones inferiores son las Country Courts, instituidas por una ley en 1846 (que no guardan ninguna relación con las antiguas Country Courts de la época anglosajona). Las Country Courts desempeñan una función esencial en la administración de la justicia civil en Inglaterra, ya que se les ha expandido su competencia. La High Court of Justice, de competencia más acotada, generalmente no conoce de asuntos cuya cuantía sea inferior a 15 000 libras esterlinas; estos asuntos se resuelven en consecuencia comúnmente en Country Courts. Todas las controversias de divorcio se concluyen en la actualidad en ciertas Country Courts, que pueden resolver divorcios por mutuo consentimiento. Los jueces de las Country Courts (llamados hoy en día circuit judges y district judges) ascienden a un número cercano a 574 y a 418

¹² El Comité Judicial del *Privy Council* emitió 55 arrestos en 2000.

¹³ J. Bell, “La révolution constitutionnelle au Royaume-Uni” *RD publ.* 2000, p. 413; P.P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999, pp. 191-195; 211-214.

respectivamente; al igual que los jueces de la High Court se eligen entre los abogados más renombrados. Las controversias de cuantía menor a las 5 000 libras esterlinas se resuelven por un auxiliar de juez, llamado registrar, y se substancian normalmente conforme a un procedimiento denominado small claims track, que es un procedimiento de solución de controversias, mucho más efectivo y menos oneroso.

En materia penal las infracciones menores (summary offences) se resuelven por magistrates, que son simples ciudadanos a los cuales les ha sido conferida la distinción de justice of the peace.¹⁴ Los justice of the peace, que ascienden a un número aproximado de 30 000, no son juristas; ejercen sus funciones con la asistencia de un secretario jurista (clerk), sin que sean retribuidos. En principio dos magistrados deben actuar colegiadamente en la substanciación procesal de una controversia; en el supuesto de controversias realmente menores, la ley les posibilita que puedan actuar en forma unitaria.

En Londres y en algunas grandes ciudades, a los justices of the peace se les reemplaza por los stipendiary magistrate o district judges (magistrates' courts) quienes ejercen sus funciones de tiempo completo y se ven consecuentemente retribuidos.¹⁵ Estos funcionarios judiciales son nombrados por la Corona bajo la recomendación del Lord Canciller y deben haber sido barristas o solicitors durante al menos siete años.

La competencia de los magistrates' courts, en materia penal, no se agota en resolver summary offences (controversias de menor cuantía).¹⁶ Tienen la competencia para todos aquéllos delitos de mayor gravedad (Offences triable either way o indictable offences), mediante un procedimiento preliminar, de resolver si la controversia debe ser reenviada ante la Crown Court o si la resolverán en su propia jurisdicción. La mayor parte de las either-way offences se resuelven por los magistrates' courts; si bien el procesado se ve beneficiado por la circunstancia que, los poderes de los magistrates' courts estén limitados y no pudieran condenarlo a una pena de prisión de más de seis meses, no menos cierto es que no podrá tener acceso a un jurado; la ley inglesa no prevee la función del jurado cuando actúan los magistrates' courts. La justicia civil ha experimentado cambios importantes que fueron motivados por el estudio realizado por Lord Woolf durante la década de los noventa. En la actualidad, la justicia penal igualmente es objeto de una reflexión, a partir de los trabajos de un juez de gran renombre, Lord Justice Auld. De este informe surgirán seguramente reformas¹⁷ en ese ámbito.

Se puede agregar que los magistrates' courts tienen una cierta competencia en materia civil, como family proceedings court, en el ámbito del derecho de la familia (pensión alimenticia, guarda y custodia de menores, adopción, entre otros) y en el supuesto de créditos de diversa naturaleza previstos por la ley (tales como impuestos y derechos debidos a las colectividades públicas o a empresas de interés público). A los magistrates' courts les asiste igualmente competencia en materia de autorización de venta de alcohol.

Contra las resoluciones de las Country Courts los recursos, cuando éstos se admiten, se atraen directamente a la Court of Appeal. Contra las resoluciones de los Magistrates' Courts el recurso cuando se admite según el caso, se atrae ya sea por la Crown Court (lugar en el que un juez

14 J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, p. 60.

15 Los *district judges (magistrates' courts)*, *stipendiary magistrates*, en la práctica presiden como juez unitario.

16 J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, pp. 75 y ss.

17 Véase el portal Internet: www.criminal-courts-review.org.uk

profesional preside asistido de dos a cuatro magistrados), o bien a la Queen's Bench Division (la "división" del Trono de la reina) constituida como Divisional Court, (donde tres jueces por lo general actúan colegiadamente en la substanciación de una controversia).

282. El contencioso "cuasi-judicial" y derecho administrativo. En materia administrativa, y debido a las dificultades emergentes en el ámbito de ciertas leyes, diversos organismos, que portan el nombre de Boards, de Comisiones o de Tribunales, conocen de una competencia "cuasi-judicial", para resolver controversias que se les someten como una instancia previa para poder acceder a la Supreme Court of Judicature.¹⁸

Estos organismos son múltiples con una actividad considerable, ya que resuelven cerca de medio millón de asuntos por año, lo que representa un número mayor al conjunto de controversias en materia civil. Estos organismos se especializan en materia económica (transporte aéreo y terrestre, marcas comerciales, derechos de autor, mercado financiero, derecho de competencia), en materia fiscal (impuesto sobre la renta, impuesto predial), en materia de expropiación, en materia social (educación, seguridad social, hospitales, pensiones, despido de asalariados), en materia de arrendamiento (locales amueblados, locales no amueblados). Un Council on Tribunals fiscaliza el buen desempeño de estos Tribunales.¹⁹ La investigación sobre el funcionamiento y la actividad de estos tribunales le ha sido confiada actualmente a un prestigiado juez de la Court of Appeal.²⁰

De una composición muy variada, tanto en sus atribuciones como en sus poderes, estos tribunales en algunos supuestos están vinculados a la administración pública, pero en otras son también con frecuencia totalmente independientes de la administración pública; así verbi gratia los tribunales encargados de resolver controversias entre propietarios y arrendatarios, o entre patronos y asalariados. Los tribunales administrativos tienen a veces funciones contenciosas; en otras veces empero, controlan simplemente si la administración adoptó correctamente su decisión en términos del procedimiento no contencioso que le ordena la ley, y si específicamente la administración efectuó la investigación que le ha sido prescrita, de manera "cuasi-judicial".²¹ Por estas dos razones no es posible asimilar a estos organismos a los tribunales administrativos franceses.

Todos estos organismos funcionan bajo el control de la High Court of Justice. En Inglaterra no existe una jerarquía de jurisdicciones administrativas distinta de la jerarquía de las jurisdicciones ordinarias.²²

18 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.

19 Véase el portal Internet: www.council-on-tribunals.gov.uk

20 Véase el portal Internet: www.tribunals-review.org.uk

21 J.L. Boussard, *L'enquête publique en Angleterre*, 1969; P.P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999.

22 J.D.B. Mitchell, "L'absence d'un système de droit administrative au Royaume-Uni: ses causes et ses effets", *Études et documents*, vol. 18, 1964, pp. 211-225; M. Distel, "La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne", *RID comp.*, 1971, pp. 355-417. G. Flogaitis, *Administrative Law et droit administrative*, 1986; J. Bell, "Le juge administrative anglais est-il un juge politique?", *RID comp.*, 1986, p. 791; J. Bell, "Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais (*l'arrêt O'Reilly v. Mackman*; un arrêt Blanco?)", *RFD adm.*, 1955, p. 39; P.P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999; P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 3a. ed., 1996; H.W.R. Wade y C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8a. ed., 2000.

No obstante lo anteriormente expuesto, a partir de 1981 existe una Crown Office List, lista de controversias de derecho administrativo elaborada por la Corte Suprema. Estas controversias son resueltas por 23 jueces especializados de la Queen's Bench Division (la "división" del Trono de la reina). A estos jueces se les ha reagrupado desde el 2000 en una Administrative Court (Corte de lo contencioso administrativo).²³ Puede ser identificada igualmente una especialización competencial limitada en el seno de la Court of Appeal (Corte de Apelación). Desde 1980 un procedimiento especial ha sido instaurado para substanciar los recursos de nulidad interpuestos en contra de decisiones de la administración pública o de las jurisdicciones inferiores.

Estos últimos años, se ha podido percibir un desarrollo considerable de los principios de derecho administrativo aplicados por las cortes superiores.²⁴ La influencia del derecho europeo continental ha sido particularmente significativa, por el doble efecto del derecho comunitario y de los derechos del Hombre. En el momento en que las controversias entran en el ámbito del derecho comunitario, las cortes inglesas han iniciado la aplicación de conceptos tales como el principio de proporcionalidad.²⁵ Evidentemente, la aplicación de estos conceptos influyó el enfoque de las cortes en relación a las controversias que carecen de una naturaleza comunitaria.²⁶ La incorporación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre en el derecho inglés a través de la Human Rights Act de 1999 reforzó de igual manera este desarrollo del derecho inglés, lo que permitió a las cortes anular actos administrativos contrarios a los preceptos de la Convención.²⁷ Las cortes tienen en lo sucesivo mayores posibilidades de fiscalizar la oportunidad con la que se toman los actos o decisiones por la administración pública.²⁸

283. El Poder Judicial, característica del sistema inglés. El lugar prominente y reconocido a la judicatura de las Cortes superiores se percibe en todo su esplendor; a diferencia de lo que sucede en el continente europeo, específicamente en Francia. En Inglaterra existe un verdadero y activo Poder Judicial que por su importancia y su dignidad, no es inferior al Poder legislativo o al Poder Ejecutivo.

Las Cortes Superiores de Justicia representan en Inglaterra un verdadero poder, que se debe en gran medida a su historia, a la elaboración del *common law* y del equity. Esta situación ha variado en la actualidad; no obstante ello no ha emergido ninguna codificación de conjunto, que haya inducido a los juristas ingleses a considerar que la fuente primordial de derecho, sea la ley. Resulta imperativo tener siempre en consideración que en Inglaterra la función que se le ha sido asignado en la historia a la jurisdicción para establecer y asegurar las libertades inglesas, ha sido

23 A un juez de la *High Court* se le designa como responsable de la *Administrative Court*.

24 P. Foucher, *Droit Administratif*, 1997; P.P. Craig, *Administrative Law*, 4a. ed., 1999; P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 3a. ed., 1996; H.W.R. Wade y C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8a. ed., 2000.

25 *R v. Chief Constable of Sussex exp. International Trader's Ferry Ltd* [1992] 2 AC 418.

26 Las cortes inglesas han tradicionalmente manifestado una cierta reticencia en aceptar el principio de proporcionalidad como principio general del derecho inglés: *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

27 J. Bell, "Les droits fondamentaux", *RFD const.* 1999, pp. 187-190; J. Bell, "La Révolution 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", *RTDH*, 2000, p. 11.

28 Lord Irvine of Lairg, "The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights" [1998] pp. 221, 235.

predominante. Muchos han sido los juristas que han reflexionado que esta función ha sido controvertida, y que la existencia de un Poder Judicial real es el único contrapeso a una alianza que se fragua cotidianamente, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Se puede sostener que como una regla atribuida a la costumbre constitucional, el principio que postula que ninguna decisión que resuelve una controversia puede ejecutarse sino es bajo el control de las Cortes Superiores de Justicia; el Poder Judicial tiene un derecho inherente (*inherent right*) de pronunciarse sobre estos aspectos. La existencia de un Poder Judicial plenamente independiente y altamente respetado, aparece como indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones inglesas, a la formación y a la afirmación de que las Cortes han contribuido en forma por demás importante en la historia.

Cierto número de reglas del derecho inglés permiten percibir la importancia que le ha sido conferida a las Cortes superiores. Todas las controversias deben ser resueltas en Inglaterra por la Supreme Court of Judicature, o por lo menos bajo el control de esa Corte, ya sea que hayan sido de naturaleza civil, criminal o administrativa. A las High Court of Justice y la Crown Court pueden, en cualquier evento, recurrir directamente los abogados postulantes. Conservan desde luego la potestad de reenviar discrecionalmente a las jurisdicciones inferiores las controversias que así determinen, para evitar en lo posible, generar rezagos indeseables en esa jurisdicción; pueden así mismo, en todo momento, atraer una controversia cualquiera que ésta sea, que haya dado lugar a un procedimiento en alguna otra Corte. La High Court of Justice y la Crown Court gozan en Inglaterra de una verdadera plenitud de jurisdicción, bajo el control de la Court of Appeal y de la House of the Lords (La Cámara de los Lores).

Virtuosas en la elaboración del derecho, las Cortes superiores durante largo tiempo han sido igualmente virtuosas en su administración. El reglamento de procedimiento de la Corte Suprema (Rules of the Supreme Court) fue la obra de una comisión dominada por jueces. Las nuevas reglas de procedimiento civil, las Civil Procedure Rules, fueron redactadas por un nuevo comité, el Civil Procedure Rules Committee, compuesto de jueces y de juristas (abogados y solicitors) pero igualmente de no-juristas, que coadyuvaron a resolver problemas que surgen del derecho del consumidor. Es de observarse finalmente, la forma en la que las Cortes superiores están provistas para hacer que sus decisiones sean acatadas. Las Cortes inglesas, a diferencia de Francia, pueden ordenar a los servidores públicos de la administración pública. A través del contempt of court están habilitadas para arrestar a quienes alteren el curso normal de la justicia publicando informaciones relativas a un asunto criminal que se encuentra sub judice o que se se conduzcan con mala fe en la ejecución de las resoluciones de la administración de la justicia en ciertas materias.²⁹

284. Concentración de la justicia inglesa. Un factor determinante para reconocer en Inglaterra la existencia de un Poder Judicial consiste en la extrema concentración de la justicia en sus Cortes superiores. En 1800, únicamente, 15 jueces integraban las Cortes superiores de Westminster; durante el periodo entre 1800 y 1900 ese número se elevó a no más de 29. Todos estos jueces

²⁹ A partir de una ley promulgada en 1970 nadie puede ser encarcelado por un *Contempt of Court*, salvo que la deuda a la que haya sido judicialmente condenado provenga de la falta de pago de deudas cuyo origen sea una obligación alimentaria, deudas fiscales provenientes del impuesto sobre la renta, o de la seguridad social. Las sanciones habituales son el secuestro de los bienes y la multa.

vivían y residían en Londres; la desconcentración de la justicia, en la jerarquía de las Cortes superiores, únicamente se operaba a través de recorridos que los jueces de la Corte (posteriormente denominada “División”) del Kings' Bench efectuaban periódicamente en ciertas ciudades de la provincia. Los abogados ingleses (barristers) estaban también concentrados en Londres, donde pertenecían necesariamente indistintamente a una de las cuatro agrupaciones de abogados (Inns of Court): Gray's Inn, Inner Temple, Lincoln's Inn, Middle Temple.³⁰

A esta concentración de la justicia se le ha puesto en predicamento. El número de jueces que conforman las Cortes superiores se ha incrementado considerablemente. Es de hacerse notar por otra parte que los recorridos antes mencionados fueron suprimidos, y se privilegió la regla que permite a la High Court of Justice sesionar en la provincia al igual que en Londres. En cuanto a la Crown Court ésta sesiona en todos los principales centros urbanos de Inglaterra. La Barra de Abogados tiende a desconcentrarse; todos los abogados barristas en la actualidad deben pertenecer a una de las Inns of Court, y es en la plaza de Londres solamente en donde reciben la investidura que les permite ejercer su profesión; pero con mayor frecuencia existen cada vez más abogados barristas locales, cuyos miembros conservan contactos ocasionales con la plaza de Londres.

285. Ausencia de ministerio público.³¹ Tradicionalmente en Inglaterra no ha existido ministerio público paralelamente a las cortes de justicia; la procuración de justicia y la integración del pliego de consignación estaban a cargo de los ciudadanos (con una gran frecuencia por agentes de policía que actuaban técnicamente en calidad de personas privadas).³² En 1879, se creó la oficina del Director of Public Prosecution. Su función consistía en tener la iniciativa de la acusación de los delitos de mayor gravedad y coordinar la política de las fuerzas de policía en materia de acusación. A partir de 1985, se creó el Crown Prosecution Service (CPS) que encabeza el Director of public prosecution.³³ Su función consiste en acumular todas aquellas consignaciones que han sido iniciadas por los agentes de la policía. Entre otras de sus variadas facultades el CPS determina aquellas consignaciones que deben proseguir y aquellas que deben ser enviadas a la reserva (ya sea porque la pruebas son insuficientes o bien porque no hay interés público para continuar con la consignación). Aún así, si los agentes de policía no inician la consignación, el CPS no puede intervenir.

286. Ausencia de Ministerio de la Justicia. No existe en Inglaterra un ministerio de la justicia stricto sensu. Ningún ministro o secretario de estado puede por si solo asumir la responsabilidad

30 Tradicionalmente, los barristas tenían un monopolio del litigio ante las Cortes Superiores (que en el año del 2001, existían aproximadamente 10 000 juzgados). Pero, desde 1990, los *solicitors* pudieron acceder al título de abogados-solicitor, con la cual se les brindó la oportunidad de litigar ante las Cortes Superiores. No obstante ello, los *solicitors* (que totalizan un número aproximado de 80 000 en la actualidad) desempeñan una función de consejeros jurídicos y preparan los expedientes que serán posteriormente litigados por los barristas. Existe de igual manera otro tipo de jurista: el *notary public*, que tiene atribuciones particulares, sin que tenga equivalencia funcional con el notariado francés.

31 J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, p. 32; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2002.

32 En nuestros días, el derecho de *private prosecution* todavía existe y consiste en una consignación penal puede todavía ser litigada por un particular en los tribunales.

33 J. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, 1998, p. 32.

general de la administración de la justicia. La administración de la justicia proviene de varias dependencias del Gobierno, principalmente la dependencia del Lord Canciller (Lord Chancellor's Department) y del Ministerio del Interior (Home Office).

La regla del precedente³⁴

287. Diferencia de substancia con el continente europeo.³⁵ En el derecho francés y en general otros derechos de la familia romano-germánica, los principios del derecho han sido siempre buscados en un conjunto de reglas preestablecidas: en la antigüedad *Corpus juris civilis*, y en la actualidad la codificación. La jurisprudencia, en los “países de derecho escrito”, está llamada a desempeñar normalmente una función secundaria: *non exemplis sed legibus judicandum est* postula el *Corpus juris civilis* de Justiniano. Las resoluciones jurisprudenciales pueden tener cierta autoridad; sin embargo no se les atribuye, salvo casos excepcionales, como creadoras de reglas de derecho. Esto se estimó que resultaba estéril ya que independientemente de las resoluciones judiciales, se contaba con un sistema de derecho que se bastaba por sí sólo.

La situación es totalmente diferente en Inglaterra. En Inglaterra jamás se le atribuyó la misma autoridad al derecho romano, cómo se hizo en el continente europeo. El *common law* fue creado por las Cortes reales de Westminster; es un derecho jurisprudencial. La función de la jurisprudencia en Inglaterra no se limitó exclusivamente a la aplicación de la ley, sino de igual manera a la creación de reglas del derecho. Es natural, en estas condiciones, que a la jurisprudencia se le haya atribuido en Inglaterra una autoridad diferente de aquella conferida en el continente europeo. Las reglas creadas por las decisiones judiciales, deben ser aplicadas, a riesgo de no hacerlo, de socavar toda certeza, e incluso de comprometer la existencia misma del *common law*.

La obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad, sin embargo, no siempre ha experimentado el mismo grado; de hecho fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente (*rule of precedent*), que se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores. Antes de esa época prevaleció la preocupación de asegurar la cohesión de la jurisprudencia, y —con mayor frecuencia— se determinó que había que considerar lo que había sido resuelto, en la búsqueda de la solución de la controversia; tardó mucho tiempo en introducirse el principio que consiste en la obligatoriedad de aplicar las reglas de derecho que se contienen en los precedentes. La tendencia legalista del siglo XIX, que encuentra en Francia su equivalente en la Escuela de la Exégesis, condujo al derecho en Inglaterra a aplicar en forma más rigurosa la regla del precedente. La organización de una jerarquía judicial más sistemática por las *Judicature Acts* y el mejoramiento de la calidad de las

34 La bibliografía relativa a la regla del precedente, y a la forma en términos de la cual se aplica en Inglaterra, es sencillamente inmensa. La obra clásica es R. Cross y J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4a. ed., 1991; J.A. Jolowicz, La jurisprudencia en droit anglais. Sobre la regla del precedente, en la jurisprudencia. *Archives de philosophie du droit*, tomo 30, 1985, p. 106. M. Zaander, *The Law-Making Process*, 5ta ed., 1999.

35 B. Markesinis, “A Matter of Style”, 1994, 110 LQR 607; I.B. Campbell, Reflexiones en torno a la redacción de las resoluciones judiciales en *Juges et jugements: L'Europe plurielle* (1998), pp. 76-90.

compilaciones de jurisprudencia contribuyeron en forma importante en la consecución de este propósito.

288. Significación y alcance de la regla. La regla del precedente se ha analizado, en la teoría, atendiendo tres proposiciones muy sencillas: 1. Las decisiones emitidas por la Cámara de los Lores (House of the Lords) constituyen precedentes obligatorios, cuyas reglas deben ser observadas por toda jurisdicción, excepto y en forma excepcional por ella misma; 2. Las resoluciones emitidas por la Court of Appeal (Corte de Apelación) constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte, y para la misma Court of Appeal³⁶ y 3. Las resoluciones pronunciadas por un juez de la High Court of Justice se imponen a las jurisdicciones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones de la High Court of Justice y por la Crown Court.

Las proposiciones así enunciadas simplifican enormemente su aplicación. En la actualidad puede percibirse una cierta tendencia que postula, sin cuestionar los principios del *common law*, el incremento del número de excepciones, que se contienen en los mismos precedentes o bien para hacer más estrictos los requisitos de su aplicación. Hasta 1966 había prevalecido en la Cámara de los Lores (House of the Lords) el principio que ésta se encontraba estrictamente vinculada por sus propios precedentes; una declaración solemne, formulada por el Lord Canciller en 1966, hizo saber que en lo sucesivo la Cámara de los Lores (House of the Lords) podía sustraerse a esta regla si existiesen consideraciones apremiantes que lo justificarán en interés de la justicia.³⁷ La Cámara de los Lores (House of the Lords) ha hecho desde entonces un empleo moderado de esta nueva posibilidad; la cámara no ha apreciado poco que la Court of Appeal haya refusedo seguir una de sus resoluciones, a pesar de estar profundamente motivada, al considerar que había sido emitida per incuriam.³⁸

Es oportuno puntualizar que los únicos precedentes obligatorios provienen de las decisiones emanadas por las Cortes Superiores, fundamentalmente por la Supreme Court of Judicature y por la Cámara de los Lores (House of the Lords). Las resoluciones emanadas de otras cortes u organismos cuasi-judiciales podrán llegar a tener un valor persuasivo; más no constituyen precedentes obligatorios.

289. Forma de los juicios ingleses. ¿Qué significado tiene la fórmula de precedentes obligatorios? Hace falta, para entenderla, considerar la manera en la que se presentan en Inglaterra las decisiones judiciales. Éstas son, en la forma muy diferentes de las resoluciones o sentencias francesas.

Las resoluciones inglesas, estrictamente dicho, se reducen a un simple resolutivo, que da a conocer la decisión pronunciada por el juez que conoce de la controversia; así verbi gratia, X

³⁶ La regla del precedente se aplica con cierta flexibilidad en lo que concierne a las decisiones de la *Court of Appeal* en materia penal: M. Zander, *The Law-Making Process*, 5ta ed., 1999, p. 225. En materia civil, existen también ciertas circunstancias de carácter excepcional en las que la *Court of Appeal* podría alejarse de sus decisiones: *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd* [1994] KB 718.

³⁷ Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234. "The House should permit itself to depart from a previous decision, when it appears right to do so".

³⁸ *Rookes v. Bernard* [1964] AC 1129; *-Cassell & Co., Ltd. V. Broome* [1972] AC 1027.

debe pagar tal suma a Y; se rescinde el contrato suscrito entre X y Y; en la sucesión de X quien acredita su derecho a la herencia es tal persona.

Sin embargo, de hecho el juez inglés expone en forma muy general las razones que motivan y fundan su decisión. Es un comentario que obedece a una forma discursiva, que no contiene ni la brevedad ni el rigor de los “considerandos” franceses. El juez inglés se limita a invocar en la resolución que acaba de emitir las reglas y los principios del derecho inglés. En su exposición el juez inglés recurre, con frecuencia, al empleo de fórmulas o al enunciado de reglas que, por su generalidad, exceden el marco estricto del proceso.

290. Ratio decidendi y obiter dictum. La aplicación de la “regla del precedente” exige de la parte del jurista inglés el análisis de los comentarios de las resoluciones judiciales. En las reasons (razonamientos) invocadas por el juez que funda y motiva sus decisiones; el jurista inglés debe distinguir entre lo que constituye la motivación y fundamentación de la sentencia, la ratio decidendi del juicio, y aquello que se considera obiter dictum, que consiste en toda aquello que el juez expuso sin que le asistiera alguna necesidad de hacerlo. Solo la ratio decidendi constituye una regla de derecho jurisprudencial, que debe ser observada en lo sucesivo.³⁹ Lo que resulta obiter dictum, por el contrario, carece de esta autoridad; el valor de las obiter dicta consiste en su valor de persuasión, que depende del prestigio del juez que pronunció la sentencia, de la exactitud de su análisis y de un gran número de otras circunstancias variables, que corresponden a la especie.

291. Distinguishing: la teoría de las distinciones. En una sentencia se encuentra por consiguiente la ratio decidendi, que es su fundamento y su motivación; la razón por la que el juez pronunció su sentencia. Pero el juez no expone expresamente la ratio decidendi de la sentencia, es decir cuál es la regla de derecho que se crea en la sentencia; sino su exposición se limita en función, y únicamente en función, de las consideraciones de hecho de la especie. La ratio decidendi se encuentra envuelta en razones obiter dicta; es el juzgador ulterior, al que se le hará valer la obligatoriedad de aplicar la regla de derecho que proviene de una sentencia, cómo precedente obligatorio, y quien deberá llegar a una cierta solución, buscando la ratio decidendi de la sentencia invocada como precedente, y en función de la ratio decidendi deberá ponderar si se encuentra o no vinculado por ella. En esa forma, al juez le asiste casi siempre la posibilidad de sustraerse del precedente invocado, ya que después del análisis de los hechos que justificaron la creación de la regla de derecho en la primera controversia, pueden diferir de los hechos de la especie sobre los que tiene que resolver; en este caso, el precedente anterior no es un precedente obligatorio. El juez deberá identificar, entre los hechos existentes en la primera controversia, aquellos que son determinantes (material) y en razón de los cuales la sentencia fue pronunciada y por consiguiente la regla de derecho retenida. Si los hechos de la primera controversia difieren o no, o bien si son exactamente similares, es el juez quien deberá distinguir los hechos de la especie de aquellos del precedente respecto de los cuales estima que no se encuentra vinculado. El distinguishing evita la cristalización del derecho y permite adaptar y hacer evolucionar el derecho

³⁹ El juez en la orden de arresto no precisa cuál es la *ratio decidendi*; ésta será desarrollada posteriormente por otro juez que examine si el arresto, preconstituye o no un precedente aplicable al litigio que se deshoga. Véase C. Jauffret-Spinosi, *Comment juge le juge anglais*, *Droit*, 9, 1989.

gradualmente. Resulta importante ilustrar esta teoría de las distinciones, es extremadamente importante en la vida judicial inglesa.

En el caso *Wilkinson v. Downton*⁴⁰ un bromista había falsamente anunciado a una mujer casada que su marido había tenido un accidente; esta mujer fue víctima de una conmoción nerviosa que le generó graves secuelas físicas de consideración. El planteamiento consistía en determinar si una víctima que no había recibido una conmoción física directa sobre su persona, tenía derecho a una compensación por daños y perjuicios, con ese fundamento de perjuicio (tort de trespass). El juez sentenció: “La parte demandada cometió voluntariamente un acto que pudo causar un daño corporal a la víctima... y de hecho causó tal daño... no hay justificaciones que se hayan hechas valer para la comisión de este acto. Este perjuicio voluntario es un acto malévolo, aún cuando no se haya probado que la parte demandada haya actuado con el propósito malévolo y deliberado de causar un daño o que tuviera un motivo de resentimiento”.⁴¹ El juez igualmente puso en relieve que era razonable prever que una persona normal, fácilmente se vería afectada por el anuncio de un accidente de un ser próximo, y que la parte demandada debía entonces saber que le provocaría un daño a la víctima. Las interrogantes para los efectos de esta exposición son las siguientes: ¿cuál es la ratio decidendi? ¿Cuáles son los hechos determinantes? El vocablo empleado en la sentencia es demasiado extensa, “an act”. ¿Hace falta decidir que, todo acto realizado voluntariamente que provoque un perjuicio físico es título suficiente para exigir el pago de daños y perjuicios? ¿Todo acto que causa a una víctima, que es una mujer, un daño físico, da lugar a una reparación? ¿Hace falta resolver que cada vez que una mentira haya sido hecha voluntariamente y haya causado un daño, da lugar a una reparación? ¿La regla depende de la existencia de un daño físico o bien la presencia de un simple temor sería suficiente? Conforme a los hechos retenidos, formando parte de la ratio decidendi, el alcance del precedente pudiera ser más o menos general. Si se retiene una ratio decidendi muy amplia, una amenaza o gestos para causar temor, son suficientes para haber causado un daño, y en consecuencia deberían ser considerados en la solución de la nueva controversia; sin embargo, si la ratio decidendi está fundada sobre la existencia de una mentira, el daño causado por una amenaza o un gesto no podrían constituir elementos para ser considerados y obsequiar la reparación de los daños y perjuicios, que se intentarán obtener, fundándose en este precedente. De hecho todo depende del grado de abstracción que le quiera conceder el juez. Para poder llegar a cierto grado de abstracción, el juez debe conocer y comprender lo que fundó y motivó la sentencia pronunciada por el juez anterior, invocada como precedente; a todo esto debe añadirse el conocimiento general del derecho y de una cierta manera, “sentir” lo que debe ser el derecho. Identificar la ratio decidendi de una sentencia es una tarea ardua, reservada a juristas experimentados y de grandes talentos, cómo lo son todos los jueces de las Cortes Superiores inglesas.

292. La regla del precedente en la Equity. El campo natural de aplicación de la regla del precedente es, en el derecho inglés, el *common law* strictu sensu. Lo que es de sorprender, en este ámbito, es cómo la regla del precedente haya tardado tanto tiempo en ser reconocida, y no tanto

⁴⁰ *Wilkinson v. Downton*, 1897, 2QB 57.

⁴¹ “The defendant has wilfully done an *act* calculated to cause physical harm to the plaintiff... and has in fact caused physical harm to her... there being no justification alleged for the act. This wilful injury is in law malicious, although no malicious purpose to cause the harm which was caused no anymotif of spite is imputed to the defendant”.

en como haya sido admitida. El Equity tiene un diverso planteamiento: la regla del precedente no pudo ser admitida con todo su rigor, en este segundo ámbito, hasta en tanto la Equity perdió su carácter originario, cuando dejó propiamente de ser Equity para desarrollarse cómo un conjunto de reglas de derecho cuya función fue complementar o rectificar el *common law*. De hecho, se observa actualmente muy pocas diferencias entre la manera en que la regla del precedente funciona, ya sea en el ámbito del *common law* strictu sensu o de la Equity. La regla del precedente tiene el mismo rigor en los dos ámbitos. El poder “discrecional” que poseen las Cortes inglesas en lo que concierne a la aplicación de las reglas de la Equity pudiera conducir a una ilusión vana; la “discreción” del juez se ejerce siempre de la manera que precisan numerosos precedentes.

293. Regla del precedente y statute law. La regla del precedente tiene igualmente una función en lo que concierne a la interpretación de las leyes (statute law), en donde se podrá percibir la complejidad de las reglas del precedente. El resultado de la observancia de esta regla interpretativa deriva en que las disposiciones de la ley inglesa terminan por ser sepultadas rápidamente por una inmensa cantidad de decisiones jurisprudenciales, cuya autoridad se sobrepone a la de los textos legales.

Un ejemplo reciente ilustra la evolución de la interpretación de la ley por los jueces y de la aplicación de la regla del precedente. Los jueces ingleses actualmente interpretan y aplican las disposiciones de la Human Rights Act, 1998.⁴²

Esta ley prevé que las Cortes inglesas están sometidas a una obligación de interpretación que sea consistente con sus postulados; en lo sucesivo los jueces ingleses deben procurar interpretar la ley de conformidad con los derechos establecidos por la Convención Europea.⁴³ Pero, la interpretación de las leyes inglesas hecha por las Cortes en precedentes anteriores a la Human Rights Act, bien no podían haberse pronunciado de conformidad con los derechos previstos por la Convención. La regla del precedente aplicada estrictamente, impondría al juez respetar el precedente anterior. Pero por el efecto de la Human Rights Act, esta interpretación anterior a la entrada en vigor de la Convención debe abandonarse, ya que las Cortes deben en lo sucesivo resolverse de conformidad con los derechos previstos por la Convención, y “tomar en cuenta” la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre.⁴⁴ La regla del precedente por esta vía se flexibiliza: las cortes inglesas tienen en la actualidad la posibilidad de adoptar otra interpretación, diferente de aquella dada anteriormente, incluso si ésta proviene de una sentencia pronunciada por una Corte superior o de igual jerarquía que, conforme a su tradición jurídica, constituye normalmente un precedente obligatorio.

Este fenómeno no es específico de las sentencias que involucren la interpretación de una ley. El juez debe respetar los derechos previstos por la Convención cuando enuncian las reglas del *common law*, e incluso fuera del efecto de las mismas leyes. Al darle estricto cumplimiento a esta obligación, los jueces pueden igualmente flexibilizar la regla del stare decisis.

42 Lord Hope: “The human Rights Act 1998, The Task of the Judges”, in M. Andenas y D.Fairgrieve ed. *Judicial Review in International Perspective*, 2000, p. 422.

43 Sección 3 HRA.

44 Sección 2 (1) HRA.

294. Publicación de los precedentes. Tradicionalmente cierta selección imperaba en la elección de la publicación de las decisiones judiciales y por consecuencia un número circunscrito de decisiones se publicaban. Ahora, la publicación de las decisiones judiciales está mucho más expandida, a través de numerosas compilaciones, así como por la publicación sistemática de las decisiones de las Cortes Superiores en forma electrónica.⁴⁵

295. Manera de citar las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales inglesas no deben ser citadas como las sentencias o resoluciones francesas. La manera correcta de citarlas es la siguiente: *Read v. Lyons* [1947] A.C. 156. Normalmente el primer nombre corresponde a la parte actora y el segundo corresponde al de la parte demandada. La letra “v.” que se intercala entre estos dos nombres, es la abreviación de la palabra versus, pero en el lenguaje jurídico inglés se le pronuncia cómo, and y no versus. Las posteriores indicaciones dan cuenta que la sentencia fue incluida en la colección conocida como *Law Reports*, serie *Appeal cases*, (donde se incluyen las sentencias pronunciadas por la Cámara de los Lores (House of the Lords) y el Comité Judicial del Privy Council), volumen 1947, en las páginas 156 y siguientes. El significado de las letras, a través de las cuales nos referimos a los diferentes compendios de jurisprudencia, le es bastante familiar a los juristas ingleses. Está indicada al principio de cada volumen de *Halsbury’s Laws of England*.

296. Compilaciones de jurisprudencia. Actualmente, existen muchas compilaciones de jurisprudencia.⁴⁶ Los compendios más usuales son los *Law Reports*, que se componen de muchas series: una de estas series está dedicada a las sentencias de la Cámara de los Lores (House of the Lords) y del Comité judicial del Privy Council; tres series adicionales están dedicadas a las decisiones de las tres divisiones de la High Court of Justice (y a las sentencias de la Court of Appeal que confirman o revocan estas sentencias). Paralelamente a este compendio que tiene un carácter semi-oficial, existen otros compendios a los cuales se hace referencia, en forma reiterada como los *All England Law Reports* o los *Weekly Law Reports*. También existen muchos otros compendios especializados dedicados a ámbito específicos del derecho tales como los *European Law Reports*, *Administrative Court Digest* o los *Medical Law Reports*.

SECCIÓN 2 LA LEY

297. Teoría clásica de la ley. La segunda fuente del derecho inglés, junto con la jurisprudencia, es la ley: ley strictu sensu (statute, Act of Parliament) y la variedad de disposiciones reglamentarias que le acompañan para hacer posible la ejecución de la ley por las autoridades competentes, que los autores ingleses clasifican bajo el rubro genérico de legislación delegada o de legislación subsidiaria. Es de recordarse que en Inglaterra no existe una Constitución escrita.

⁴⁵ Se puede libremente acceder en Internet a las decisiones de la Cámara de los Lores (www.publications.parliament.uk) del Comité judicial del *Privy Council*, <http://www.privvy-council.org.uk>, de la *Court of Appeal* <http://www.bailii.org> y de la *High Court (Administrative Court)* <http://www.bailii.org>.

⁴⁶ T. Ingman, *The English Legal Process*, 7a. ed., 1998, p. 319.

Tradicionalmente, lo que el derecho inglés considera una Constitución es el conjunto de reglas, de origen legislativo o más extensamente jurisprudencial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y cuyo ámbito consiste en acotar el arbitrio de las autoridades. El Parlamento mismo no conoce de otros límites a su soberanía que el control ejercido por la opinión pública. Inglaterra carece de una corte constitucional.

La teoría clásica observa en la ley (*lato sensu*) una fuente de derecho secundaria. La ley, según cada teoría, no hace más que aportar una serie de *corrigenda* y de *addenda* al conjunto normativo del derecho inglés, constituido por el derecho jurisprudencial. La ley no aporta en esta concepción correcciones y adiciones a los fundamentos del derecho; en ella no se debe tratar de identificar los fundamentos mismos del derecho, sino exclusivamente soluciones que precisen o rectifiquen los fundamentos desarrollados por la jurisprudencia. La ley es una consecuencia natural de un Parlamento soberano, que representa la nación, y por ello las leyes merecen un total respeto y obediencia; la ley deberá ser aplicada conforme a su letra por los jueces. Sin embargo, la ley no aporta más que excepciones al *common law*; de conformidad con el adagio *exceptio est strictissimae interpretationis*, la ley es interpretada restrictivamente. Algunos ejemplos característicos discutidos por la literatura inglesa del doble principio de interpretación literal por una parte y restrictivo por la otra parte, relativo a las leyes escritas, ha alterado la técnica de redacción de las leyes inglesas.

Lo esencial no radica en estos ejemplos, sorprendentes sin duda alguna, pero de carácter excepcional, si se prescinde de la interpretación de las leyes penales. Lo esencial radica en que a la ley, en la concepción tradicional inglesa, no se le considera como la expresión normal del derecho. Antes al contrario resulta un elemento un tanto extraño en este sistema de derecho inglés. Es verdad que los jueces no dudarán en aplicarla, pero la regla que contiene la ley no será definitivamente admitida, no será plenamente incorporada al derecho inglés hasta en tanto haya sido aplicada e interpretada por las Cortes y en la forma y en la medida en que hayan hecho esta aplicación y esta interpretación. Más allá de lo que se pudiera imaginar, en Inglaterra, no se menciona el texto de una ley; se hace referencia a las sentencias que habrán aplicado esta ley. Únicamente a través de estas sentencias el jurista inglés podrá efectivamente vislumbrar el significado exacto de una ley; es hasta este momento en el cual se podrá identificar la regla de derecho que le es familiar, que es la regla jurisprudencial.

Esta es la teoría clásica de la ley conforme a la tradición inglesa. Pero esta concepción de la ley empero, está actualmente obsoleta.

298. Importancia de la ley en nuestra época. Desde hace cien años a la fecha, Inglaterra ha experimentado un intenso movimiento legislativo y más precisamente desde la guerra de 1939. Leyes con vocación dirigista se multiplicaron y terminaron por modificar profundamente el antiguo derecho inglés y crearon nuevos ámbitos en el derecho inglés: leyes que crearon instituciones de seguridad social, que desarrollaron principios de urbanismo, que proclamaban dirigir las fuerzas de la economía, o bien la coordinación de transportes, que reformaron el sistema de educación o de salud nacional. La Law Commission Act de 1965 constituyó una administración nueva encargada de estudiar las reformas que debían ser hechas al derecho inglés.

A este efecto se crearon dos Law Commissions: una para Inglaterra y la otra para Escocia.⁴⁷ Recientemente, el derecho inglés ha conocido desarrollos importantes, de origen legislativo, que provienen de las leyes relativas a la restitución de poderes, de la promulgación de la Human Rights Act de 1998, y de la influencia del derecho comunitario.

299. Los desarrollos constitucionales. Tradicionalmente, la doctrina había venido sosteniendo que no existía en Inglaterra una Constitución escrita. Sin embargo, se deben tener en cuenta los desarrollos recientes en el derecho constitucional inglés. En la actualidad existen leyes que gobiernan la atribución de poderes en los parlamentos de Escocia, de Galles y de Irlanda del Norte.⁴⁸ La Human Rights Act 1998 elabora una lista de derechos fundamentales que los ciudadanos pueden hacer prevalecer en contra del poder público.⁴⁹ La European Communities Act de 1972 constituye igualmente un texto importante en materia constitucional. No se puede sostener que la Constitución británica es una constitución totalmente escrita; sin embargo es necesario admitir que existe un gran número de textos legales que tienen valor constitucional. Son de mencionarse las palabras del prestigiado Profesor británico John Bell, "...Al término del primer Parlamento del gobierno de Tony Blair, habrá un bloque de textos constitucionales de tal importancia que puede llegar a cuestionarse el postulado que los principios fundamentales de la Constitución británica son la obra de los jueces o de las convenciones. Se puede incluso sostener que se está en presencia de una tendencia hacia una constitución escrita".⁵⁰

La concepción tradicional de la soberanía parlamentaria se encuentra en la actualidad modificada. Conforme a la teoría jurídica tradicional, el Parlamento es soberano y se encuentra legitimado para legislar sobre cualquier materia. El Parlamento mismo encuentra el límite a su poder absoluto en el control que ejerce la opinión pública. Sin embargo en la actualidad, por efectos de la Human Rights Act de 1998, existe un listado de derechos fundamentales, en tanto que en el pasado se tenía en este ámbito un enfoque negativo: los ciudadanos podían decir y de hacer lo que querían, a menos que su conducta o sus expresiones no estuviesen prohibidas por el *common law* o por la ley. Aún cuando la Human Rights Act de 1998 no posibilite a los jueces a eliminar la aplicación de una ley que no sea conforme a los derechos del hombre, a través del remedial order le posibilita una modificación expedita de una ley que sea contraria a los derechos fundamentales. No puede pasar por desapercibido que el derecho comunitario prevalece sobre el derecho inglés, y por lo tanto sobre las leyes inglesas.⁵¹ La Cámara de los Lores (House of the Lords) resolvió recientemente que un tribunal inglés podría incluso rechazar la aplicación de una ley que fuese contraria a las disposiciones del derecho comunitario.⁵²

47 P.M. North, Law reform and problems, 1985, 101 *Law Quarterly Review* 338; D. Tallon, La réforme dans le Royaume-Uni depuis la creation des Law Commissions, *An. Leg. Tr. Étr.* 1972, p. 1; J.H. Farrar: *Law Reform and the Law Commission*, 1974.

48 Scotland Act 1998; Government of Wales Act 1998; Northern Ireland Act 1998.

49 Respecto al efecto "horizontal" de la *Human Rights Act* de 1998 entre particulares, véase M. Hunt; "The 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act" [1998] Public Law 423.

50 J. Bell, "La Révolution constitutionnelle au Royaume-Uni" *Revue de droit public*, 2000, pp. 413 y 431.

51 Respecto al efecto del derecho comunitario en la soberanía parlamentarias, véase H.W.R. Wade, "Sovereignty-Revolution or Evolution?", 1990, 112 L.Q.R. 568; P. Craig, "Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame", 1991, 11 Y.B.E.L., 221.

52 *R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame 2* [1991] 1 A.C. 605.

300. La interpretación de las leyes. Los juristas ingleses han manifestado siempre una especial animadversión en relación con los principios generales y abstractos. Esta actitud queda totalmente justificada por el lugar preponderante que tradicionalmente se le ha acordado a las sanciones (remedies precede rights) y por la concepción de la legal rule, que depende de los hechos en la especie en donde se originó. Esta actitud se observa tanto en el estilo como en la forma de las leyes inglesas.⁵³ Los grandes principios o fórmulas generales que se observan en los Códigos franceses, por lo general tienden a evitarse; en el derecho inglés prevalecen reglas complejas y detalladas; las leyes inglesas se inician con definiciones⁵⁴ que precisan el sentido de los términos empleados.⁵⁵

Los métodos de interpretación de la ley inglesa son por estas razones muy complejos;⁵⁶ dentro de esta complejidad pueden distinguirse tres enfoques fundamentales:⁵⁷ la literal rule, la golden rule y la mischief rule. Según la literal rule el juez debe considerar la letra de la ley en su sentido ordinario y darle una interpretación literal. Esta interpretación debe prevalecer incluso aun cuando conduzca al absurdo, y no corresponda a la motivación del legislador inglés. La golden rule posibilita al juez evitar una interpretación absurda de la ley y darle por lo tanto otro sentido. La mischief rule difiere sensiblemente de las dos primeras reglas; permite al juez avocarse al contexto de la ley. El juez va a ponderar el fundamento y la motivación del legislador; particularmente analizará las carencias del derecho positivo anterior (status quo ante) que el legislador intentó remediar.

Estas reglas sin embargo resultan insuficientes para explicar la interpretación de la ley inglesa por sus jueces. El recurso al diario de debates parlamentarios resulta muy controvertido. La tradición del derecho inglés era la de evitar recurrir a los debates parlamentarios en la interpretación de las leyes.⁵⁸ Gracias a una decisión reciente de la Cámara de los Lores (House of the Lords) los jueces están posibilitados en la actualidad para ponderar, en forma restringida, algunos partes de los debates parlamentarios.⁵⁹

301. La interpretación de las leyes y la influencia europea. Las reglas clásicas de la interpretación de las leyes fueron sensiblemente alteradas por el derecho comunitario y por los efectos de la Human Right Act de 1998. Dentro de la aplicación del derecho comunitario, los jueces ingleses pudieron recurrir a reglas de interpretación diferentes de aquellas que tradicionalmente habían observado. Con el fin de asegurar el primado del derecho comunitario, los jueces ingleses se han esmerado en interpretar las leyes de conformidad con el derecho europeo, llegando incluso, de ser

53 R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9a. éd., 2001, p. 70.

54 Nota del Traductor. Esta práctica se observa cada vez más en el sistema de derecho mexicano.

55 Existen una multiplicidad de estudios sobre la diferencias de percepción entre el derecho francés y el derecho inglés: T. Millet, "A comparison of British and French Legislative Drafting (with a particular reference to their respective Nationality laws)" (1986) *Statute Law Review* 130; J. A. Clarence Smith, "Legislative Drafting: English and Continental" (1980) *Statute Law Review* 14 – British and French Statutory drafting: Proceedings of the Franco-Brisith Conference, April 1986 (Institute of Advanced Legal Studies, 1986).

56 F. Bennion, *Statutory Interpretation*, 4e éd., 2001; R. Cross, J. Bell, et G. Engel: *Statutory Interpretation*, 3e éd., 1995.

57 M. Zander, *The Law-Making Process*, 5e éd., 1999, p. 109.

58 *Davis v. Johnson* (1979) A. C. 317.

59 *Pepper v. Hart* (1993) A. C. 593.

necesario “expandir” el sentido de los vocablos o añadir términos que no figuran en el texto de la ley.⁶⁰ Cuando los jueces ingleses aplican el derecho comunitario, están invitados a interpretar las disposiciones de las Directivas y Reglamentos, empleando los métodos de interpretación que se observan en la Corte de Justicia Europea. En esa forma Lord Denning⁶¹ ha llegado a sostener que: “...Al estar en Roma deben ustedes comportarse como se comportan los romanos. Así, en la Unión Europea, ustedes deben de actuar como actúa la Corte Europea”.⁶² Los métodos europeos divergen de aquellos que se practican tradicionalmente en el derecho inglés. La Corte de Justicia Europea no se limita al sentido literal de la letra de la ley. Con frecuencia recurre al sentido teleológico (que busca el fin o el espíritu de la ley).⁶³ Por lo tanto los jueces ingleses se vieron confrontados por la aplicación del derecho comunitario, que exige la interpretación de un texto europeo⁶⁴ por métodos diferentes de interpretación. En esa forma los jueces ingleses pudieron aplicar técnicas provenientes del derecho continental, tradicionalmente muy aisladas de los métodos estrictos del *common law*. Esta nueva percepción, que introdujo la interpretación de textos de Europa continental, tiende gradualmente a cobrar efectos más generales. La influencia del derecho europeo, alienta por consiguiente a los juristas ingleses a interpretar en forma menos estricta la letra de la ley e identificar el propósito buscado por el legislador (*purposive approach*).

La Human Rights Act de 1998 va a reforzar también este enfoque.⁶⁵ En los términos de la sección 3 de esta ley, el juez está obligado a interpretar hasta el extremo, la ley inglesa de conformidad con los derechos establecidos por la Convención. Al efectuar esta interpretación, debe considerar las decisiones de la Corte Europea de Derechos del Hombre.⁶⁶ En otras palabras ha adoptado una interpretación dinámica de la Convención lo que permite desarrollarla en función de la evolución social y moral. Este enfoque dinámico va incuestionablemente a influenciar a los jueces ingleses cuando apliquen e interpreten los derechos establecidos por la Convención.

La influencia del derecho europeo ha sido claramente expuesta por uno de los actuales jueces de la Cámara de los Lores (House of the Lords), Lord Hoffman:⁶⁷ “...Durante los últimos veinte años, nuestros socios comerciales de la Unión Europea han solicitado de los jueces ingleses que obligadamente ajusten su manera de pensar a la de los juristas continentales. Al verse obligados a interesarse en los Tratados europeos y en su derecho derivado, han sido confrontados a disposiciones legislativas abstractas, generales, de textura abierta; un estilo de legislación muy diferente de las sutiles y hábiles precisiones de los redactores parlamentarios británicos, pero

60 *E. G. Litster v. Forth Dry and Engineering Co Ltd* (1990) 1 A.C. 546.

61 *Buchanan v. Babco Forwarding and Shipping (Uk) Ltd* (1977) 2 W.L.R. 107, 112.

62 “Just as in Rome, you should do as Rome does. So in the European Community, you should do as the European Court does”.

63 *Henn and Darby v. Director of Public Prosecutions* (1981) A.C. 850, 905; *Coloroll Pension Trustees Ltd v. Russell* (1995) All ER (EC) 23 (para 19, per Advocate-General Van Gerven).

64 *Bulmer Ltd v. Bollinger* (1974) Ch 401, 425

65 Lord Irvine of Lairg, “The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights” (1998) PL221, 233; R. White: *The English Legal System in Action: The Administration of Justice*, 3e éd., 1999, pp. 32. F. Bennion: “What interpretation is “possible” under section 3(1) of the Human Rights Act 1998?” (1998) *Public Law* 77; A. Lester, “The Act of the Possible: Interpreting Statutes und the Human Rights Act” (1998) *European Human Rights Law Review* 665.

66 Section 2 du Human Rights Act 1998.

67 Prefacio de Lord Hoffman en el libro de N. Foster, *German Legal System and laws*, 2a. éd., 1996.

respecto a los cuales están muy habituados, los abogados postulantes de los países de derecho codificado. El estilo de la legislación, que ha sido adoptado en el continente, ha estado acompañado de los métodos de interpretación de Europa continental, abriendo con ello un espacio de libertad a la formación de una lengua, incómoda para la sensibilidad puritana inglesa, y a la emergencia de conceptos jurídicos continentales, tales como la buena fe, la proporcionalidad y los derechos del hombre”.⁶⁸

302. *Common law* tradicional y el nuevo derecho. Paralelamente del *common law* tradicional, tiende a formarse actualmente en Inglaterra, en ciertos ámbitos, un sistema complementario de reglas, prescritas por el legislador o por la administración pública.

La función de la ley en Inglaterra no puede apreciarse en toda su magnitud si se abstrae de este desarrollo nuevo, cuya importancia es primordial en la actualidad. La ley desempeña, en Inglaterra hoy en día, una función que no es inferior a la jurisprudencia. El derecho inglés permanece no obstante, en las circunstancias actuales, un derecho esencialmente jurisprudencial, básicamente por dos razones: por una parte la jurisprudencia continúa guiando el desarrollo en ciertos ámbitos que continúan siendo muy importantes, y por otra parte, los juristas ingleses han estado habituados en una tradición secular al predominio de la jurisprudencia, y por lo tanto no han tenido éxito, hasta el presente, para sustraerse de su tradición. Para los juristas ingleses la única verdadera regla de derecho es la que proviene de los hechos de la especie, y se encuentra reducida al contenido necesario para resolver una controversia. Esta vinculación a la simple tradición impide a las leyes inglesas ser equivalentes a los códigos y leyes del continente europeo.

303. Manera de mencionar la ley. A las leyes inglesas usualmente se les cita, por una breve indicación (short title) previsto por un artículo mismo de cada ley, sin indicación de su fecha precisa: Local Government Act 1948. A los artículos de las leyes, que conforme a la terminología inglesa se les denominan en el lenguaje jurídico inglés secciones; son citados por la letra “s”, seguida del número del artículo. Los sub-párrafos son “sub-secciones” (sub-s).

El texto de las leyes inglesas pueden localizarse en la colección Statutes de los Law Reports o en la colección Halsbury’s Statutes of England, que completa Halsbury’s Statutory Instruments. Las leyes más importantes y demás documentos parlamentarios se publican en separatas por The Stationery Office.⁶⁹ No existe un Diario o Gazeta Oficial oficial en Inglaterra.

⁶⁸ “During the last twenty years, our membership of the European Union has required English judges to undergo a compulsory education in continental legal thinking. In having to deal with the European treaties and subordinate legislation, they have been exposed to statutory provisions which are abstract, general and open-textured; a style of legislation far from the finely crafted precisions of Parliament draftsmen, but familiar enough to practitioners in a codified system of law. And with the continental style of legislation has come continental methods of construction, which allow a freedom to mould language almost sinful to puritan English sensibilities, and continental legal concepts such as good faith, proportionality and the rights of man”.

⁶⁹ El texto íntegro de las leyes está libremente a disposición en el portal de Internet: www.hms.o.gov.uk

SECCIÓN 3 LA COSTUMBRE

304. La costumbre general inmemorial. Paralelamente a la jurisprudencia y a la ley, que son las fuentes más fecundas del derecho inglés, una tercera fuente de derecho está constituida por la costumbre (custom). La importancia de esta tercera fuente de derecho es secundaria, y no puede compararse a las dos primeras.

El derecho inglés no es un derecho consuetudinario. La costumbre general inmemorial del reino, sobre la que está en teoría fundado el *common law*, no ha tenido más alcance que el de ser una simple ficción. El *common law* pudo haber incorporado algunas de las reglas de varias costumbres locales que hubiesen formalmente estado en vigor. El proceso mismo de constitución del *common law* consistió en elaborar un derecho jurisprudencial, que se fundó en la razón, y que desplazó al derecho de la época anglosajona, que se fundaba en la costumbre.

305. Costumbres locales o comerciales. La costumbre, en la actualidad, tiene una función muy restringida en el derecho inglés.⁷⁰ Cualquier función atribuida a la costumbre local por importante que ésta sea, se le desplaza por una regla que deba obligadamente contener la expresión de una costumbre "inmemorial"; una regla del *common law* que tiene su origen en una ley de 1275 determinó que costumbre inmemorial era la que existía en 1189. En la actualidad no se exige que se acredite tal antigüedad; pero una costumbre no será considerada como jurídicamente obligatoria en Inglaterra, si no se prueba que existiera desde 1189.

La exigencia de que la costumbre sea inmemorial es propia de las costumbres locales y no puede ser identificada en el ámbito de las costumbres comerciales (mercantile customs). Después de la absorción del derecho comercial por el *common law*, pudo hacerse valer también en este ámbito, la existencia de costumbres jurídicamente obligatorias. La práctica reciente evidencia aún todavía la aparición ocasional de costumbres. La importancia de estas costumbres es cada vez más limitada y de hecho lo es más cuando una costumbre es consagrada por la ley o por la jurisprudencia, caso en el cual pierde su carácter de costumbre. Con la flexibilidad y las posibilidades de evolución que le posibilita su propia naturaleza puede convertirse en una regla legislativa o jurisprudencial, sometida a la regla del precedente.

306. La importancia real de la costumbre. No obstante lo expuesto, la importancia de la costumbre, no puede ser subestimada. La sociedad inglesa, como cualquier otra sociedad, no se encuentra exclusivamente regida por el derecho. En particular, en materia constitucional, es necesario considerar la función de las célebres constitutional conventions, que son costumbres a las que la teoría no reconoce un carácter jurídico, pero que dominan la vida política inglesa.⁷¹ Los poderes, que el monarca podría teóricamente ejercer, se ven de esta forma limitados por las constitutional conventions. El monarca debe dar su consentimiento (Royal assent) para que un proyecto de ley se convierta en ley; existe una constitutional convention conforme a la cual en forma automática y sistemática este acuerdo se da a los proyectos de ley que han sido

⁷⁰ L. Neville Brown y C.A. Weston, "Grande-Bretagne" in *Juris-Classeur de Droit Comparé*, 1997, proporcionan un ejemplo del derecho de paso a favor de los pueblerinos.

⁷¹ G. Marshall, *Constitutional Conventions*, 1986.

regularmente votados por la Cámara de los Comunes (House of Commons) y la Cámara de los Lores (House of Lords). En principio el monarca es libre de elegir y de nombrar los ministros de su gobierno; conforme a otra constitutional convention, el monarca designa as como ministros a lo que le son sugeridos por el Primer Ministro.

La misma vida social está dominada por ciertas maneras de comportarse, que son tradicionales y que nadie pone en entredicho. A estas reglas de conducta convencionales y a la práctica que las inspiran no se les considera como costumbres, ni menos como jurídicamente relevantes, en Inglaterra, en la medida en que no han contado con la sanción judicial, ni parece estar en condiciones de recibir la sanción de los jueces. Cualquier estudio de derecho, sin embargo, pecaría de incompleto y equivocado, si no se señalara aun cuando fuere someramente, la existencia de estas reglas de la vida social.

SECCIÓN 4 LA DOCTRINA Y LA RAZÓN

307. Sistema abierto y sistema cerrado. El *common law*, desde sus orígenes ha sido fundado en la razón, disimulada bajo la ficción de la costumbre general “inmemorial” del reino. En la medida en que las reglas de derecho no se formulan para dar certeza a las relaciones sociales, la razón permanece la fuente de derecho inagotable, a la cual las Cortes recurrirán tanto para colmar las lagunas del sistema de derecho inglés, como para conducir la evolución de este sistema.

El principio en este orden, no es diferente en Inglaterra de lo que pudiera ser en los países del sistema romano germánico; sin embargo una diferencia debe ser apreciada. En los países de derecho escrito, en donde el derecho se presenta bajo la formula principal de un derecho legislativo, las reglas de derecho se redactan con una generalidad tal, que el llamado a la razón se realiza normalmente en el marco de fórmulas legales, bajo forma de aplicación e interpretación de estas reglas; la existencia de lagunas en el orden legislativo se admite con dificultad; la razón desempeña una función en la interpretación de la ley, más que para integrar el orden jurídico. Este mismo fenómeno, en un sistema jurisprudencial como es el derecho inglés tiene una función diferente. La perspectiva casuística que desempeña el derecho deja subsistir, deliberadamente muchas lagunas, y a la razón se le reconoce como una fuente subsidiaria del derecho, con el propósito de colmar estas lagunas. La técnica de interpretación del derecho se ve substituida por una técnica de distinción, cuyo propósito es la creación de nuevas reglas, cada vez más precisas, y no la aplicación de una regla preexistente. Los sistemas de derecho de la familia romano-germánica son sistemas cerrados, el *common law* es un sistema abierto en el que incesantemente se crean nuevas reglas de derecho; la razón y sólo ella es la fuente natural de la creación de estas nuevas reglas de derecho.

308. Los principios jurídicos. Esta diferencia en el análisis interesa, la verdad sea dicha, a la teoría del derecho más que a la práctica. En los mismos países de derecho jurisprudencial se observa la tendencia a poner en primer plano, más que la intervención de esta fuente subsidiaria de derecho que es la razón, los “principios jurídicos” que resultan del conjunto de las sentencias judiciales. La intervención de la razón se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de estos principios jurídicos, que constituyen su manifestación más luminosa.

309. Elementos de una solución racional. ¿A cual razón se refiere el *common law*? Tratar de identificar una solución razonable que conlleva toda controversia, cuando se carece en la materia

de un precedente, de una regla legislativa, o de una costumbre obligatoria, es ante todo identificar una solución que esté en más armonía con las reglas de derecho existentes, y que por este hecho pareciera ser la más satisfactoria, acorde con la preocupación primaria de seguridad, asociada a la de justicia, que es el fundamento del derecho.

Buscar una solución en la razón no es actuar de ninguna manera en forma arbitraria. El esfuerzo conlleva que se identifique, para su aplicación correspondiente, los llamados principios generales del derecho que puedan derivarse de las reglas existentes. A estos fines se puede recurrir a la doctrina, y de igual manera en Inglaterra, a las *obiter dicta* de los jueces y a las decisiones judiciales que no tienen el carácter estricto de precedentes obligatorios.⁷² Cuando se trata de precedentes propiamente dichos, la justicia y la equidad sólo podrán desempeñar, en cuanto correctivas de la doctrina, un papel muy limitado; por el contrario, podrá atribuirse un papel más importante a dichos factores, si se trata de precedentes no vinculantes, estatuyendo, por tanto, los jueces de acuerdo con la razón.

Debe dejarse asentado que la función, en teoría subsidiaria, que se le atribuye a la razón se transforma en una función primordial. El mérito del *common law* es que haya permanecido en el transcurso del tiempo, observando la fórmula de los Year Books, como la “perfección de la razón”. Al eliminar el riesgo de una vinculación demasiado estrecha a los precedentes, los juristas ingleses con la excepción de ciertas épocas perfectamente identificadas, han hecho válida la afirmación hecha por el jurista Coke que sostuvo que “...la razón es la vida del derecho, en realidad el *common law* no es otra cosa que la razón”. Pero esta razón no es el sentimiento impreciso de la justicia que pueden tener los ciudadanos (la *gesunde Menschenverstand* alemana); es la razón tal cual es entendida por los jueces, con el propósito fundamental de asegurar un sistema de derecho coherente; existe, como dijera el jurista inglés Coke al rey Jacobo I para prohibirle a éste una ingerencia indeseada en la justicia inglesa, una “artificial reason of the law” (“una razón artificial de la ley”).

SECCIÓN 5 CONCLUSIÓN

Son tan diversas las opiniones erróneas y prejuicios que se sostienen en los países del continente europeo sobre la teoría de las fuentes del derecho inglés, que se hace necesario, después de haber expuesto esta teoría, retomar por última ocasión el tema en unas breves líneas para disipar todo equívoco.

310. La costumbre. Debe abandonarse toda idea a la que con frecuencia se recurre, que el derecho inglés es un derecho consuetudinario. Esta idea tiene su origen en la creencia sustentada por muchos juristas del continente europeo en una rígida dicotomía: o el derecho es escrito y se funda en códigos, o es un derecho no escrito, y por consecuencia es un derecho consuetudinario. El derecho inglés jamás ha sido consuetudinario: es un derecho jurisprudencial. El *common law* desplazó precisamente al derecho consuetudinario de Inglaterra, que se localizaba en las

⁷² Resoluciones específicamente emitidas en otros países del sistema de derecho del *common law*, o por el Comité judicial del *Privy Council*.

costumbres anglosajonas locales. La función actual de la regla del precedente ignora la noción, próxima a la costumbre de la jurisprudencia constante (la *standige Rechtsprechung* alemana); el precedente obligatorio está constituido por una sola sentencia, pronunciada por una jurisdicción de determinada categoría.

311. La ley. Debe abandonarse en segundo lugar término la concepción que la legislación es en el derecho inglés una fuente de derecho de importancia secundaria. Esta concepción resulta totalmente inválida en la actualidad. Para Inglaterra si bien es cierto que carece de códigos, el “derecho escrito” es igualmente importante y se encuentra tan desarrollado como lo es en el continente. Puede sostenerse que la ley, en la actualidad significa mucho más que meras rectificaciones al *common law*; existen vastos ámbitos de la vida social en donde los principios mismos del orden jurídico se identifican en la obra del legislador. El único postulado que sigue siendo válido es que el legislador inglés carece de la tradición de sus homólogos en el continente europeo y de la experiencia de formular reglas de derecho con un carácter general. Las leyes inglesas son proclives al casuismo que las nuestras. En ellas no es posible retomar, como lo hizo el Código Civil francés con la obra del jurista Pothier, fórmulas empleadas por los autores de derecho. La generalización inevitable que se derivan de estas fórmulas, se observa por el derecho inglés con gran suspicacia. Los juristas ingleses se desconciertan con las reglas de derecho de los sistemas de derecho romano germánicos con relativa frecuencia; estiman que contienen principios generales, que expresan aspiraciones morales o que francamente proclaman un programa político, más que constituir reglas de derecho. El legislador inglés intenta ubicarse, en la medida en la que esto es posible, en el nivel de la regla jurisprudencial, que es la considerada como usual en el derecho inglés. Aunado a lo anterior los principios contenidos en la ley no se reconocen plenamente por los juristas ingleses y éstos no queda integrados al sistema del *common law* hasta en tanto hayan sido aplicados, reformulados y desarrollados, por resoluciones jurisprudenciales.

312. La regla del precedente. Debe abandonarse en tercer término la concepción de la regla del precedente, aplicada en forma automática, y paralizando la evolución del derecho inglés. Esta concepción conduce irremediablemente a resultados equivocados; la regla del precedente no es un obstáculo para la evolución del derecho inglés, al igual que tampoco lo es la codificación para la evolución del derecho romano-germánico, a pesar de las siniestras predicciones de sus adversarios en el siglo pasado.

La regla del precedente tiene como único objetivo proporcionar al derecho inglés un marco, conservando simultáneamente una estructura jurisprudencial conforme a la tradición de este derecho. Si durante el siglo XIX se observó que había cierto rigor en su aplicación fue porque así lo exigían las condiciones prevalecientes en la época; paralelamente en esa misma época y por condiciones históricas análogas, prevalecía en Francia la escuela de interpretación de la exégesis. La evolución de la sociedad parece exigir empero en la actualidad una mayor flexibilidad, debido al intenso ritmo de transformación al cual se encuentra sometida. Nosotros hemos hecho frente a esta exigencia, en el continente europeo, conservando nuestros códigos, pero adoptado métodos más flexibles de interpretación. En Inglaterra, se conservó la regla del precedente pero en ámbitos en donde es necesario, se adapta a las necesidades de la época, a través de la elaboración de nuevas doctrinas, empleando sobre todo la técnica de las “distinciones” o con frecuencia, revirtiendo el sentido de la jurisprudencia.

313. La técnica de las distinciones. La técnica de las distinciones es la técnica fundamental del derecho inglés. La formación de juristas ingleses consiste en dominar esta técnica, a percibir sus posibilidades y de igual manera fijar los límites posibles de su empleo. Este estado de cosas es análogo al que se observa en el continente europeo, cuando se discute los alcances de la interpretación de la ley. No existen cánones estrictos para la interpretación de la ley; se requiere de cierta sensibilidad que debe ser desarrollada, para percibir en qué medida se puede recurrir a cierto método de interpretación, y si al emplearlo se tuviera posibilidades de éxito para revertir una jurisprudencia. De la misma forma se hace en Inglaterra. En Inglaterra no se postula la reversión de la jurisprudencia, ya que es un derecho que gravita en torno de los precedentes, que son una necesidad en el derecho jurisprudencial. Pero se llega a resultados análogos, sin someter a turbulencias el cuerpo normativo a través de la técnica de las distinciones de la misma manera, como en Francia, en donde se insertan nuevas soluciones al vaciarlas en el molde, aparentemente inalterable, de las reglas de los códigos.

Como en el continente europeo, existen disciplinas del derecho en donde las reglas del derecho son más estables, cuando en otras lo son de menor manera. Las posibilidades de evolución pueden ser limitadas e incluso impedir las por cierto tiempo a través de una ley o de una resolución judicial, en lo concierne a un problema en específico. Mucho depende en gran medida de la psicología del juez que debe sentenciar: en Inglaterra hay jueces con mejor disposición a facilitar distinciones y a promover fundamentos de nuevos desarrollos; otros empero son más reticentes, con una actitud más conservadora; su función es atemperar las hazañas de sus homólogos más progresistas.

La técnica de las distinciones está vinculada íntimamente al análisis de la legal rule en el derecho inglés. Por las diversas distinciones que proponen, los juristas ingleses se esfuerzan incesantemente en limitar de forma cada vez más estrecha, la enunciación y el alcance de una regla que siempre la perciben como haber sido redactada originalmente en términos demasiado generales. No puede atribuirse a la casualidad que el derecho inglés tenga una concepción de la legal rule más estrecha que nuestra concepción de la regla de derecho. No solamente esta concepción es natural, sino que es necesaria en el derecho jurisprudencial. La teoría de las fuentes del derecho inglés es el resultado lógico de esta concepción.

314. La doctrina. Unas últimas líneas ameritan ser escritas en relación a la doctrina. Aún en mayor medida que en el continente europeo, la importancia de la doctrina ha sido subestimada en Inglaterra, en donde el derecho depende menos que en el continente europeo de los profesores y más de los jueces.⁷³ Se llegó incluso al extremo de observar la regla que enunciaba que un juez no podía hacer referencia a una obra de la doctrina en tanto su autor no hubiese fallecido!⁷⁴

Pero, también aquí se debe tomar distancia de las fórmulas simples. Inglaterra es el país donde ciertas obras de la doctrina, cierto es, escritas por jueces, han recibido el calificativo de books of authority: las obras de Glanvill, de Bracton, de Littleton, de Coke gozaron de tal prestigio que se ha podido identificar, en las Cortes inglesas, como exposiciones del derecho de la época, dotadas de una autoridad comparable a la que tiene la ley entre nosotros.

73 N. Duxbury, *Jurists and Judges; An Essay on Influence*, 2001.

74 M. Zander, *The Law-Making Process*, 5ta ed., 1999, 388.

A partir de la liberación del formalismo que acaeció en el siglo XIX, la función de la doctrina se transformó y se expandió. Los juristas jóvenes en la actualidad, reciben con mayor frecuencia una formación universitaria. El estudio del derecho se hace a través de los cursos o los escritos de sus maestros, a través de los tratados o manuales (text-books) más que a través de los repertorios dirigidos por abogados postulantes; la enseñanza del derecho se concentra cada vez más en las reglas de fondo del derecho, que en el procedimiento, enseñado excepcionalmente en las escuelas inglesas de derecho. Una nueva forma de pensamiento ha surgido. Las obras de la doctrina son frecuentemente citadas hoy en día por los jueces.⁷⁵

315. La razón. Con una evidencia particular, el derecho inglés aparece como un derivado de la historia, si se atiende particularmente a sus categorías, a sus conceptos y a la función eminente que le es reconocida a la jurisprudencia. “La vida del derecho”, escribió en alguna ocasión el eminente jurista norteamericano Holmes, “no ha estado gobernada por la lógica; lo ha estado por la experiencia” (“the life of the law has not been logic; the life of the law has been experience”). Debe tomarse distancia de evitar exagerar el postulado dogmático que el derecho francés y el derecho inglés son opuestos. El derecho romanista es al igual que el *common law* un derivado de la historia. Su historia ha sido diferente. La historia en la familia romano-germánica privilegió la enseñanza de las universidades, la doctrina y la legislación, el derivado de esta evolución consistió en que nuestro derecho parezca más sistemático que el derecho inglés. Aún así había que interrogarse: el derecho inglés: ¿el derecho inglés es realmente más empírico, menos lógico, que los derechos romanistas? Muchas interrogantes deberían ser previamente resueltas. Entre el empirismo, al que son proclives los ingleses, y la lógica, que domina a los franceses, existe un común denominador; una noción que reconcilia uno y otro, y que se encuentra en su centro de gravedad: Esta noción es la razón.

El derecho inglés, cierto, fue construido y sus soluciones fueron precisadas al azar de las controversias que las cortes reales resolvieron. Pero las cortes reales, cuando tuvieron que sentenciar, no se vieron dominadas por el empirismo, que les habría conducido irremediablemente en cada caso a dar una solución de equidad. Para construir el sistema de derecho, en el cual se analiza el *common law*, requirió en cada caso buscar la solución más conforme a la razón, y un elemento determinante para descubrir esta solución fue el propósito de asegurar la cohesión de las sentencias judiciales, lo que presupone inevitablemente el recurso a la lógica.

Si bien en Inglaterra, como en Francia, las vías empleadas para identificar las reglas de derecho han sido diferentes, durante el transcurso del tiempo prevaleció una misma concepción de principio del derecho: el derecho es ante todo razón, *lex est aliquid rationis*. Esta concepción fue aparentemente repudiada, en el continente europeo, en el siglo XIX, con la preeminencia de la doctrina positivista que equiparó al derecho con la ley. Una tendencia clara se expresa aún en la actualidad para retomarla. Se encuentra vigente en Inglaterra, en donde el sistema de derecho todavía hoy en día, es una obra de la razón que difiere de la ley. Nos parece normal agregar al vocablo derecho un epíteto nacional (derecho francés, derecho belga, derecho helénico, entre otros muchos) y no son pocos quienes albergan la duda que exista un derecho al margen de este epíteto. La concepción que el derecho es razón, despierta por el contrario en el ánimo de los

⁷⁵ Véase E.G. *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207; *Douglas v. Hello ! Ltd* [2001] 2 W.L.R. 992, 1025.

juristas ingleses un cierto sentimiento, que se ajusta a su tradición, del carácter supranacional, o más bien carente de nacionalidad, del derecho. El vocablo *common law* se emplea sin epíteto. No se quiere ver en el *common law* un sistema de derecho nacional; es: “la herencia común de las naciones de lengua inglesa”, cuya vocación está llamada a desempeñar una función similar al que en Europa continental tuvo el sistema de derecho romano, hasta la época de las codificaciones.⁷⁶

En la práctica existen diferencias importantes entre los derechos de los diferentes países del *common law*. Esto quedará evidenciado con motivo del análisis del derecho de los Estados Unidos de América. Resulta pertinente concluir, sin embargo el desarrollo del análisis del derecho inglés, con especial énfasis en la concepción no nacional de un derecho, que se encuentra fundado en la razón, que caracteriza al *common law*. Es en efecto, contraria a la concepción soviética del derecho. Es la razón el elemento de base que da una unidad a los derechos del mundo occidental, elevándolos por encima de lo arbitrario de las políticas nacionales. Es este elemento común a las naciones occidentales, que podría, sin lugar a dudas permitir algún día, en ciertos ámbitos, un derecho común en los Estados que conforman la Unión Europea.

⁷⁶ R. David, “Droit commun et *common law*” *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, 1968, I, 345-363.