

SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES REALES Y LAS TECNICAS

CAPITULO I

EL COMMON LAW

SECCION I

HISTORIA DEL COMMON LAW

§ 1. *El derecho inglés antes y durante el período colonial*

62. Nacimiento del <i>common law</i>	152
63. Extensión de la aplicación del <i>common law</i>	154
64. Fuentes del <i>common law</i>	156
65. Nacimiento de la <i>Equity</i>	158
66. El derecho canónico y el derecho mercantil	161
67. El derecho legislado	162
68. Fuentes del <i>common law</i> durante el período colonial	163
69. Carácter político del <i>common law</i>	164

SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES REALES Y LAS TECNICAS

EL COMMON LAW

61.—El derecho legislado ha poseído siempre, dentro del derecho norteamericano, un lugar importante¹ y es, en la jerarquía de las fuentes, superior al *common law*.² No obstante, es por el estudio de éste por donde hay que empezar el estudio del derecho norteamericano.³ Igual que el jurista inglés,⁴ el norteamericano se considera un *common lawyer*; sabe que su manera de razonar, de entender y de vivir el derecho no es la de un *civilian*, sino que él ha sido formado en

61.—

1. Cf. *supra*, N° 6 e *infra*, Núms. 145 y 168 y ss.

2. Cf. *supra*, Núms. 6 y 7.

3. Es casi imposible dar una bibliografía del *common law*. Entre los autores norteamericanos nos limitaremos a citar a Olivier Wendell, HOLMES, *The Common Law* (1881), y Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law* (1921). (V. *supra*, N° 1, nota 3, *in fine*.) Citemos, igualmente, los estudios reunidos bajo el título *The Future of the Common Law* (1937). En *infra*, N° 62, nota 1, se encontrarán estudios franceses y en español sobre el *common law* inglés. En italiano, v. Angelo Pieri SERENI, *La Common Law negli Stati Uniti d'America*, "Riv. it. per le sc. giur.", 1950, pp. 98-130, y *L'equity negli Stati Uniti*, "Riv. trim. di Dir. e Proc. civ.", 1952, Núms. 2-3. Para una bibliografía más general, v. *infra*, N° 275.

En español pueden consultarse: Phanor EDER, *Ciertos principios característicos del "common law"*, Cursos Monográficos, vol. 1, pp. 253-451. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. La Habana, 1948; C. J. HAMSON, *El "common law" y sus creadores*, "Cuadernos de Derecho Angloamericano", N° 1, julio-diciembre 1953 (Barcelona), pp. 5-16; Oscar RABASA, *op. cit.*

Y sobre algunos aspectos e instituciones particulares del "*common law*", el excelente estudio comparativo de José PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1951, 136 pp.; así como, del propio autor, su *Estudio preliminar* (pp. I-XLV), a la traducción del libro de Roscoe POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (en inglés: *Interpretations of Legal History*). Ed. Ariel, Barcelona, 1950, xlv-216 pp.

4. Cf. René DAVID, *Introduction*, pp. 100-104 y *Traité*, pp. 270 y ss. y 279 y ss.

el estudio del *common law*.⁵ Y es que, en efecto, los pioneros ingleses, que en el siglo XVII se establecieron sobre las costas del Nuevo Mundo, “transportaron” consigo el derecho de su patria, cuyo elemento fundamental era el *common law*. De este *common law*, la mayor parte de ellos sólo conocían reglas muy elementales; no encontraba en las colonias las instituciones que hubiesen sido necesarias para su aplicación normal; fue, con frecuencia, incluso repudiado, en beneficio del derecho natural o de códigos muy simples, donde se pretendían inscribir los derechos y los deberes de cada cual; pero, no obstante, continuó informando el fondo del derecho. Cuando las relaciones con la metrópoli se hicieron más regulares, encontró de nuevo los tribunales, los abogados y las colecciones de sentencias sin las cuales no podía ser realmente aplicado y se aprovechó de los monumentos doctrinales escritos en Inglaterra, antes de dar origen, en los propios Estados Unidos, a obras notables.

Después de la independencia, su ámbito se encontró, incluso, ensanchado, en cierto sentido, en cuanto que todo el derecho inglés, anteriormente aplicable, se halló convertido en *common law*.⁶ Actualmente, el derecho legislado ocupa un amplio campo en materias muy importantes.⁷ En la mayor parte de los Estados —es decir, con mayor exactitud, en todos los Estados excepto el de Luisiana⁸ y los Estados que han adoptado uno o varios códigos dignos de tal nombre⁹—, el conjunto del derecho sigue estando constituido por el *common law*, y éste es el medio en que se sumerge el derecho legislado: el *common law* da sentido a los términos de la ley, colma sus lagunas y ocupa el lugar de aquélla, en caso de derogación; él proporciona también la teoría general de la ley y los principios de su interpretación.

Para estudiar el *common law* tal como funciona en los Estados Unidos, será necesario, en primer término, estudiar, sumariamente, su historia; veremos cómo se ha formado en Inglaterra y cómo se ha formado el conjunto del derecho inglés, que había de participar en la

5. Cf. igualmente TOCKEVILLE, et BATIFFOL, *op. et loc. cit. supra*, N° 4, nota 13. En dos frases, la diferencia nos parece la siguiente: el jurista francés considera que cada caso debe ser resuelto mediante la aplicación de los principios generales de la legislación, y esa remisión a los principios formulados hace que las decisiones precedentes no se impongan y que sólo sean meras aplicaciones —que, en verdad, puede ser útil consultar—; el jurista inglés o norteamericano, busca esencialmente una especie próxima a la que se somete a su conocimiento, aunque admite que el derecho supone principios generales (v. *infra*, N° 105, nota 19), que puede ser prudente dejar sin formular.

Sobre el papel de la lógica en el derecho, para unos y para otros, v. también *infra*, Núms. 131 y 141.

6. Cf. *infra*, N° 79.

7. Cf. *infra*, N° 145.

8. Cf. *infra*, N° 80.

9. Cf. *infra*, N° 169.

creación del *common law* de los Estados Unidos, después de haber sido “transportado” y “adoptado” en Norteamérica.

Será necesario, en seguida, aunque el problema es un tanto teórico, investigar cuál es su naturaleza. Después, habremos de detenernos en una pieza fundamental de su mecanismo: la autoridad del precedente judicial y, finalmente, presentaremos una teoría general del *common law*.¹⁰

10. Puede ser útil señalar, desde ahora, que las palabras *common law* pueden usarse en diferentes acepciones. En sentido propio, la expresión designa un sistema de derecho elaborado durante los siglos XI a XIII por los tribunales reales ingleses (cf. *infra*, Núms. 62 a 64). Cuando se emplea en oposición a la expresión *statute law* (derecho legislado), comprende, al lado del *common law* propiamente dicho y además del derecho canónico y el derecho mercantil, que con él se fundieron (cf. *infra*, N° 66), a la *equity*, que es un sistema diferente. Cuando, en fin, se oponen *common law* y *civil law*, con la expresión *common law* se designa al todo por su parte esencial, y es el sistema jurídico de Inglaterra y de los Estados Unidos el que se opone al sistema jurídico de los países de derecho codificado (cf. DAVID, *Introduction*, pp. 97-98). V. también sobre el particular: Oscar RABASA, *op. cit.*, pp. 25-27.

HISTORIA DEL COMMON LAW

§ 1. EL DERECHO INGLÉS ANTES Y DURANTE EL PERÍODO COLONIAL.

- 62. Nacimiento del *common law*.
- 63. Extensión de la aplicación del *common law*.
- 64. Fuentes del *common law*.
- 65. Nacimiento de la *equity*.
- 66. El derecho canónico y el derecho mercantil.
- 67. El derecho legislado.
- 68. Fuentes del *common law* durante el período colonial.
- 69. Carácter político del *common law*.

62.—La historia del *common law* en Inglaterra puede ser referida en esta obra sólo a grandes rasgos. Nos limitaremos aquí a resumir lo que ya ha sido expuesto en otras partes de manera más completa.¹

El *common law* es, muy literalmente, la “ley común”, es decir, el “derecho común” de Inglaterra; el que se ha podido deducir del con-

62.—

1. Para esta exposición nos hemos inspirado fundamentalmente en DAVID, *Introduction*, principalmente, pp. 9-89. V. también, en francés, los excelentes estudios de Henri LEVY-ULLMANN, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, II: *Le système juridique d'Angleterre*, t. 1: *Le système traditionnel*, 1928, y Marc. ANCEL, *La "common law" d'Angleterre*, tesis, París 1927, sobre todo, pp. 31-111.

En inglés, las obras fundamentales de Sir William HOLDSWORTH, *A History of English Law* (12 vols., 1923-1937; vol. XIII, 1952, editado por A. L. Goodhart y H. G. Hanbury), y POLLOCK and MAITLAND, *History of English Law to the Death of Edward I* (2nd. ed. 1898); así como PLUCKNETT'S, *Concise History of the Common Law* (4th ed., 1948); POTTER'S, *Short Outline of English Legal History* (4th ed. 1945) y *An Historical Introduction to English Law and its Institution* (3rd. ed. 1948); JENKS, *A Short History of English Law* (4th. ed., 1934); WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History* (1926); KINANE, *op. cit., supra*, N° 1, nota 3, pp. 166-442.

En español: Oscar RABASA, *op. cit.*; Edward JENKS, *El derecho inglés* (trad. por J. Paniagua), Ed. Reus (S. A.), Madrid 1930; José RUBINSTEIN, *Iniciación al Derecho inglés* (trad. por E. Jardí), BOSCH, Casa Editorial, Barcelona y las obras citadas *supra*, N° 6, nota 3.

junto de costumbres locales en el período de formación del *common law*, que comienza con el último tercio del siglo XI. Es en 1066, en efecto, cuando Guillermo el Bastardo, duque de Normandía, derrota a Haroldo, elegido rey a la muerte de Eduardo el Confesor, y se hace, a su vez, coronar en Westminster. Con él se introduce el feudalismo en Inglaterra. Pero, mientras que las antiguas jurisdicciones populares y, a su lado, las nuevas jurisdicciones señoriales, aplican las costumbres, por supuesto locales, el rey, resolviendo en su *Curia Regis*, y después las cortes propiamente judiciales que van a ser creadas derivadas de ella, aplican el “derecho común” al conjunto de costumbres locales. Las cortes no actúan así, en verdad, por una decisión real, ni tampoco sistemáticamente. Guillermo, por el contrario, parece haber querido mantener en vigor el derecho anterior a la conquista. Parece como si llamadas a resolver litigios nacidos bajo el imperio de costumbres diversas, las cortes reales hubiesen, simplemente, descuidado el buscar las particularidades de las mismas y extraído así, involuntariamente, en cierta forma, el derecho común a la totalidad de Inglaterra.²

Este derecho, por otra parte, se deduce muy lentamente y, en realidad, no puede adquirir “cuerpo” hasta el siglo XIII, cuando la Carta Magna de 1215 separa de la *Curia Regis*, que continuará siguiendo al rey en sus desplazamientos, la Corte de Causas Comunes (*Common Bench* y después *Common Pleas*) y la fija en Westminster, permitiéndole así resolver sin la presencia del rey.

La Corte de Causas Comunes no es, sin embargo, la única que que crea *common law*. Desde 1118, la Corte de la Tesorería (*Exchequer*), había sido separada de la *Curia Regis*, con una competencia en verdad muy limitada en el orden judicial. Posteriormente se instituyeron la Corte del Banco del Rey (*King's Bench*), y después, por encima de esas tres instituciones, la Cámara de los Lores.

Debe dejarse perfectamente aclarado que, en su origen, el *common law* no es el derecho de Inglaterra. Es el derecho de los tribunales reales y surge de una síntesis más o menos artificial que ellos realizan partiendo de las costumbres. Los antiguos tribunales populares y los tribunales señoriales continúan aplicando esas costumbres. A su lado, ade-

2. La expresión *common law* no parece ser anterior al siglo XIII. Cf. ANCEL, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

Es curioso observar en los Estados Unidos, en los siglos XIX y XX, un fenómeno semejante al de la creación del *common law* en Inglaterra. Requeridos con frecuencia para aplicar el derecho de los Estados, los tribunales federales han afirmado la existencia, en ciertos dominios por lo menos, de un “*common law general*”; es decir, de un *common law* común —valga la redundancia— a todos los Estados; *common law general* que ha sido creado por ellos, progresivamente, a través de sus decisiones. Y ya sabemos, por cierto, que las dificultades suscitadas por esta tentativa condujeron al abandono de ese *common law general*. V. *supra*, N° 55.

más, las jurisdicciones eclesiásticas aplican el derecho canónico y las jurisdicciones mercantiles un derecho particular de carácter internacional. Sólo los tribunales populares, por lo tanto, pueden ser considerados como jurisdicciones de derecho común. Sólo al rey puede serle sometido un litigio en casos excepcionales, no precisados en principio.

63.—Para que el *common law* se convirtiese en el elemento fundamental del derecho inglés, faltaba —y era suficiente— que las jurisdicciones reales aumentaran su competencia, lo que estaba dentro del orden natural de las cosas.

Los tribunales populares son los primeros que ven declinar su importancia bajo la influencia de diversas medidas dictadas por el rey y, principalmente en la segunda mitad del siglo XII, por Enrique II. Esos tribunales, por otra parte, no tuvieron nunca la misma importancia que en Francia. Su declinación prosigue en el siglo XIII. Cesan de tener verdadera importancia en el siglo XIV y ya no subsisten en el XV sino con una competencia muy excepcional.

La declinación de los tribunales locales se produce más espontáneamente, pero quizá más tardíamente también. Los hombres libres del condado, que eran quienes los integraban, se cansan de su función. Su influencia en las decisiones decrece, además, en la medida en que el *sheriff*, agente del rey, o el *bailli*, su adjunto, adquieren autoridad sobre ellos. Después, el Estatuto de Gloucester de 1278, que prohíbe a las cortes reales conocer de litigios inferiores a 40 chelines, es interpretado como reservando a las mismas el conocimiento de los litigios de cuantía superior a esta suma, y la disminución del poder adquisitivo de la moneda, acaba de hacer desdeñable, desde el siglo XIV, la competencia de esos tribunales locales.

Paralelamente, los tribunales del rey ensanchan su competencia, de un lado, con ayuda de ficciones sumamente audaces,¹ y de otro, sobre la base del principio según el cual el rey es el soberano justiciero del reino y el responsable de la paz pública. Desde fines del siglo XII, bastó que una persona alegase que la conducta de otra turbaba la paz del reino, para que las jurisdicciones reales pudiesen resolver el litigio. Se acude a ellas por medio de un *writ*, entregado a solicitud de un particular por la Cancillería del rey y, en nombre del rey, dirigido a un *sheriff* o, en algunos casos, a un señor. Su destinatario recibe la misión de ordenar al adversario del requirente hacer justicia a la petición de éste o, si se niega, comparecer ante los jueces reales para explicar su negativa.

Poco a poco, algunos *writs* se van diferenciando, tanto por las circunstancias en las que son acordados por la Cancillería —cuya misión

63.—

1. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 23, nota 1.

al respecto se ha comparado con frecuencia a la del pretor romano—, como por el procedimiento según el cual habría de resolverse el litigio que con ellos se iniciaba. Pero como los *writs* sólo se concedían mediante el pago de derechos, el deseo de aumentar sus ingresos empujaba constantemente a los auxiliares del Canciller a extender el cuadro dentro del cual podían conceder cierto *writ*, o a encontrar justificación para conceder *writs* nuevos, en circunstancias nuevas. Y gozaban, además, de la más grande tolerancia por parte de los jueces reales, siempre dispuestos también a reconocer su competencia para alcanzar provecho con más frecuencia. En consecuencia, la lista de los *writs* no cesa de aumentar, a pesar de los esfuerzos de los señores feudales y sólo en el siglo xvi se fija definitivamente. Los señores feudales, sin embargo, habían obtenido ya anteriormente una concesión muy importante. En 1258, las Provisiones de Oxford habían prohibido al Canciller la creación de nuevos *writs*, sin una orden del rey tomada en Consejo. Esta regla tuvo que suavizarse, es cierto, por el segundo Estatuto de Westminster, en 1285; pero éste no permitió tampoco al Canciller la expedición de un *writ* al requirente, más que en casos semejantes (*in consimili casu*) a aquéllos en los cuales se otorgaba un *writ* ordinariamente. La extensión, pues, de la competencia de las jurisdicciones reales, iba a encontrarse considerablemente frenada. Es verdad que desde antes de ese momento las jurisdicciones reales aparecían, de hecho, como jurisdicciones de derecho común; pero no lo fueron, de derecho, hasta el siglo xix.

El proceso de creación y de extensión del *common law* explica el carácter esencialmente procesal que posee en su origen y que todavía conserva en menor grado. Siendo la competencia del juez, en realidad, siempre discutible y sometida a estrictas condiciones de fondo y de forma, se convierte en lo esencial del proceso. Las primeras recopilaciones de sentencias, los *Years Books*,² no dejan de relatar toda la marcha del procedimiento, los incidentes suscitados por los demandantes y las respuestas de sus adversarios, pero omiten con frecuencia toda referencia a la solución dada sobre el fondo.

La ampliación de la competencia de las jurisdicciones reales produce una transformación muy importante en la naturaleza del *common law*. Aunque éste no era el derecho de Inglaterra y sólo las costumbres lo constituían, había de llegar, lógicamente, el día en que la competencia de las jurisdicciones reales que lo aplicaban se hiciera normal. En efecto, a partir del reinado de Enrique III, el *common law* se hace aplicable a todos los litigios, a menos que los demandantes justifiquen las razones por las cuales hubiera de ser aplicado otro derecho; por ejemplo, una costumbre local.

2. Cf. *infra*, N° 64.

64.—Antes de proseguir el estudio del desarrollo del *common law*, conviene preguntarse cómo el mismo llega a conocimiento de los jueces o de los particulares.

Al principio, el juez deduce libremente de las costumbres la regla de derecho aplicable. El *common law*, declara a veces, vive en su conciencia y él es sólo el oráculo. Es tan libre como lo fueron Guy Coquille o Domat exponiendo el derecho común de Francia. Las antiguas recopilaciones parecen confirmar que el juez no buscaba escrupulosamente lo que era admitido en todas las costumbres, sino, más bien, lo normalmente admitido y se inspira, al propio tiempo y muy fuertemente, en lo que le parece razonable. Por ello, sobre todo en los siglos XII y XIII, se inspira en cierta medida en el derecho romano y en el canónico.¹ Por lo tanto, la formación del *common law* parece haber sido arbitraria, pero en el sentido exacto de la palabra: es decir, que el juez gozaba de un amplio poder de apreciación, aunque sin considerarse facultado para resolver caprichosamente, ni siquiera conforme a la equidad.² Puede prescindir de una particularidad de una costumbre local y, quizá, incluso, de una regla bastante extendida, pero poco satisfactoria. Sin embargo, debe respetar las reglas consuetudinarias bien establecidas y atenerse siempre a la razón.

El *common law* encontró un contenido más preciso cuando el número de las resoluciones dictadas fue mayor y el juez se halló ligado más o menos por esas decisiones. No gozaban éstas, es cierto, de ninguna fuerza obligatoria directa y únicamente a fines del siglo XIX el respeto al precedente se impone al juez como una regla jurídica rigurosa; pero el juez no podía negar un día el principio que había proclamado la víspera. Principio que, por otra parte, no era obra de él, sino que solamente declaraba que existía en el *common law* y que era razonable admitirlo, por lo cual, su deber de aplicar el derecho y de atenerse a la razón, le obligaba a aplicarlo en el segundo caso igual que en el primero.

Pronto cada uno de los litigantes pudo invocar uno o varios principios establecidos en decisiones anteriores y el juez se vio obligado a razonar; a demostrar por qué no debía aplicar en un caso principios admitidos en otro parecido; a combinar esos principios.

64.—

1. Sobre los factores que impidieron una recepción total del derecho romano en esta época, v. DAVID, *Introduction*, p. 44; y para un período posterior, p. 65.

Respecto a la influencia del derecho romano sobre el *common law*, v. LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, pp. 288-334.

2. Respecto a la oposición que hay que establecer entre sentencia dictada con fundamento en la razón y sentencia dictada en equidad, v. DAVID, *Introduction*, pp. 44-45.

Poco a poco, las decisiones judiciales dejaron de ser declaraciones separadas de *common law* para formar un sistema de derecho, más o menos perfecto y coherente.

El *comon law* había dejado de ser una abstracción y había tomado cuerpo.

Esta encarnación del *common law*, que habría de reducir el arbitrio del juez aun en el sentido en que debe entenderse la palabra arbitrio, se encontró facilitada por la incorporación del *common law* en diversos documentos: obras doctrinales, archivos de tribunales y colecciones de jurisprudencia.

De 1187 a 1189, en efecto, Glanvill escribe el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, consagrado, exclusivamente, al *common law* y en el que examina los diversos *writs* y las acciones que abren. Más notable todavía es la obra que escribe Bracton hacia 1256. Bajo el título *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*, comenta también las diversas acciones de las que conocían los tribunales reales; pero la obra está mucho mejor construída —por cuanto el autor, excelente romanista, tomó del derecho romano su sistema y, a veces, algunas soluciones— y más sólidamente fundada sobre las decisiones judiciales, de las cuales el autor cita cuatrocientas cincuenta y estudia, cuidadosamente, más de dos mil.

Al lado de estas obras fundamentales figura la de Littleton, sobre las *tenures*, escrita en 1475 y el *De laudibus legum Angliae*, de Fortescue, publicada hacia 1470.

Los archivos de los tribunales reales de justicia reúnen igualmente el *common law*; pero una última fuente, más importante, es la constituida por los *Year Books*, recopilaciones escritas en el francés judicial (*Law French*), que era el idioma de las jurisdicciones reales desde la conquista normanda, y recogen no sólo las decisiones judiciales, sino los incidentes notables de los casos a los que esas decisiones aportan solución. Estas recopilaciones, de las que se han conservado las colecciones de los años 1290 a 1536, parecen fundadas sobre notas tomadas por los abogados y puestas en circulación por ellos, sin duda mediante remuneración, para información de sus colegas o para la formación de sus colaboradores. Como se dijo ya, en ellas se da importancia primordial al procedimiento.

Aunque tratados, archivos y recopilaciones constituyen, en principio, fuentes puramente formales del *common law*, y aunque algunas de ellas sean anteriores al descubrimiento de la imprenta, no se puede dejar de subrayar su importancia. Proporcionan contenido concreto al *common law*; permiten a los abogados encontrar y presentar al juez los principios cuya existencia ha sido reconocida por los tribunales y, por consiguiente, son los que permiten al *common law* formar un conjunto de reglas susceptibles de ser conocidas y, en la medida en que se desee,

armonizar sus soluciones. Su importancia se revela por el hecho de que habiéndose impreso la primera Biblia de Guttenberg en 1450, la obra de Littleton lo es en 1481 y algunos *Year Books* desde 1482. No obstante cabe pensar que la falta anterior de difusión mecánica no era más que un débil obstáculo a la influencia de esos documentos, por el hecho de que los tribunales reales y los abogados estaban concentrados en Westminster.

65.—Declarado por los jueces, recogido por los prácticos, metódicamente presentado por los autores, apoyado por la corte real, el *common law* estuvo a punto de desaparecer en beneficio de un sistema de derecho más moderno: la *equity*.

El origen de la *equity* es muy antiguo. Es una idea admitida por todas partes en la Edad Media y popularizada por San Luis en Francia, haciendo justicia bajo la encina de Vincennes, que el rey es un soberano justiciero. Guillermo el Conquistador constituye las jurisdicciones y hace entregar los *writs*. Jacobo I, pretende todavía impartir justicia, como lo habían hecho Eduardo I y Eduardo II, en cualquiera de sus tribunales. El poder del rey, en materia de justicia, es quizá excepcional, pero indiscutible y supremo. Cuando hace justicia en persona, el rey se inspira, ciertamente, en las costumbres. Es casi evidente, sin embargo, que no se siente obligado siempre a aplicarlas escrupulosamente, como debería hacerlo un juez. Resuelve, pues, en cierta medida, en equidad, diciendo lo que le parece justo en cada caso. Y es precisamente esta idea la que explica el nacimiento del *common law*, aunque el rey no haya actuado nunca personalmente en los tribunales por él instituidos.

Pero como al separar de la *Curia Regis* las secciones puramente judiciales, los reyes de Inglaterra no habían agotado su poder de soberanos justicieros, es esa misma idea la que acaba por amenazar la obra de establecimiento de jurisdicciones por ellos realizada.

En efecto, a pesar de la existencia de jurisdicciones reales, los particulares conservaban la posibilidad de apelar al rey cuando se lamentaban de una denegación de justicia, ya fuere porque, demasiado pobres, no habían podido acudir a los tribunales reales ordinarios, o porque hubiesen sido objeto de una decisión que les parecía injusta, o porque las cortes reales no hubiesen podido actuar, por ejemplo a consecuencia del Estatuto de Westminster de 1285.¹ El rey podía resolver con su Consejo; pero como no podía estudiar personalmente todas las peticiones, a veces encargaba de la decisión a su Canciller. Este era muy adecuado para recibir tal misión, puesto que no sólo era uno de los miembros más

65.—

1. Cf. *supra*, N° 63.

importantes del Consejo, y su principal ejecutor, sino también el capellán del rey y su confesor; su "conciencia". Desde fines del siglo XIV, en el reinado de Ricardo II, goza constantemente de tal delegación. Primeramente la ejerce como lo hubiera hecho el mismo rey, en Consejo; pero la guerra de las Dos Rosas paraliza esto y el Canciller resuelve solo, convirtiéndose así, poco a poco, en una verdadera jurisdicción. Como el rey, pues, el Canciller resolvía en equidad. Respetaba, es cierto, el *common law*, pero no se consideraba obligado por él; cosa que, de su parte, es casi más normal que de parte del rey, porque éste está, más o menos, sometido a la costumbre; pero el Canciller, hombre de Iglesia, puede realmente hacer prevalecer las leyes divinas sobre las humanas que le parecieren injustas, incluso en un caso particular. El Canciller, entonces, va a resolver, en ocasiones, en contra del derecho; va a denegar una acción, allí donde el *common law* hubiera otorgado justicia, o a conceder una acción en casos en que el *common law* la habría denegado. Llegará hasta a intervenir en casos en que las jurisdicciones regulares hubieran sido ya invocadas o hubieren ya resuelto, y su decisión podrá estar en conflicto con la dada anteriormente, siendo fácil ver que la suya habrá de predominar. El Canciller tiene la doble ventaja de la autoridad espiritual y de la autoridad temporal, puesto que actúa en nombre del rey y puede, por consiguiente, prohibir la ejecución de una decisión judicial o, preventivamente, prohibir a una persona acudir a los tribunales que hubiesen resuelto a su favor y hacer encarcelar a quien contravenga su orden, dada en nombre del rey.

Al principio, la intervención del Canciller en los tribunales de justicia no suscita oposición de parte de las jurisdicciones de Westminster. Esa intervención estaba patrocinada por el rey. El Canciller resuelve con el Consejo. En general, colabora con los tribunales y facilita su desarrollo, principalmente cuando entrega los *writs* que permiten a aquéllos actuar. La situación, sin embargo, no podía dejar de causar fricciones. A partir de la guerra de las Dos Rosas el Canciller actúa solo y, desde el advenimiento de los Tudor, ya no es un eclesiástico, sino un político. A partir de entonces cambia la naturaleza de su intervención en la administración de justicia: en lugar de prescindir del *common law* sólo en aquellos casos particulares en que la buena fe o la caridad parecían requerirlo, prescinde sistemáticamente de ciertas reglas que le parecen anticuadas o intrínsecamente malas, evocando así, una vez más, la conducta del pretor romano. Y como, precisamente, el *common law* no ha evolucionado lo suficiente, desde el momento en que fue formado sobre las costumbres del siglo XI; es complicado, formalista y lleno de ficciones y resulta a veces insuficiente e injusto, la jurisdicción del Canciller recibe el favor de los justiciables y los tribunales de *common law* sienten celos de su actividad.

Cuando deja de resolver sólo sobre casos individuales para conceder sistemáticamente nuevas acciones, o paralizar las antiguas en ciertas circunstancias, el Canciller transforma, como acabamos de decir, la naturaleza de su intervención en la administración de justicia. Y esta transformación es muy profunda, porque si bien en un principio el Canciller resuelve en equidad, como lo que es equitativo en un caso lo es también en un caso semejante, se observa, con el desarrollo de su jurisdicción, la formación de verdaderas reglas de decisión, que se llaman reglas de equidad.²

A partir de este momento, la palabra *equity* tiene un doble sentido: designa, por un lado, la equidad, en otro tiempo la única fuente de inspiración del Canciller y, por otro, ese cuerpo de derecho que en lo sucesivo será aplicado por el Canciller, o por quienes resuelvan en su nombre. Este cuerpo de derecho continúa, después, solidificándose y separándose de la equidad a causa de dos nuevos caracteres del Canciller. En primer lugar, el Canciller, en lo sucesivo cabeza de una verdadera jurisdicción, debe preocuparse por la seguridad jurídica. Debe permitir, por ejemplo, que los contratantes sepan cuáles son los requisitos de forma de sus actos, qué cláusulas son válidas. Pero esta preocupación por la seguridad jurídica es contraria al cuidado de la equidad, que supone tener en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por otra parte, el Canciller, convertido en hombre político, siente el deseo de corregir sistemáticamente el *common law*, sentando reglas nuevas que lo complementen o modifiquen. Y al término de su evolución, el Canciller aplica un cuerpo de reglas quizá más justo que el *common law*, pero no menos rígido. Según la célebre expresión de Maitland, "la *equity* ha dejado de ser la equidad". Esta es designada en lo sucesivo por las palabras *natural justice*.

Poco importan, para los fines que perseguimos en esta obra, las diversas fases y los elementos de la lucha que, desde el siglo xvi, pero sobre todo al principio del xvii, enfrentó a los tribunales de *common law* con los tribunales del Canciller; baste decir que un violento conflicto es sometido al arbitraje del rey Jacobo I, quien, en 1616, se pronuncia a favor del Canciller; pero que éste, prudente en la victoria, se limita a mantener las conquistas de la *equity*, sin extender más su campo de acción y acepta, en 1621, que una decisión de su Cancillería, sea apelada ante la Cámara de los Loes. El Canciller había, en este momento, cumplido lo esencial de su obra: había creado, al lado del *common law*, adaptado a las condiciones de vida y a la conciencia del siglo xiii, un nuevo sistema de derecho que se imponía, de hecho, sobre

2. Por ejemplo, la famosa regla, inspirada directamente en el origen de la "equity": *He who comes into equity must do so with clean hands*.

Para una aplicación rigurosa de esta regla, v. por ejemplo, *Fender vs. Crosby* (Ga. 1953), 76 SE (2d) 769.

el antiguo y que se adaptaba a las condiciones de vida y a la conciencia de los siglos xv y xvi. La *equity* había contribuido, además, en cierta medida, a salvar el *common law*, pues la mejoría que aportó al sistema jurídico hasta entonces vigente, fue uno de los factores que impidieron que éste fuera barrido, hacia 1550, por una recepción del derecho romano.³

Durante todo lo que es para Norteamérica el período colonial, los dos sistemas de derecho funcionan separadamente, administrados por tribunales independientes en principio, aunque las jurisdicciones de *equity* poseen, por intermedio de los litigantes, un cierto poder de intervenir en la administración de justicia de los tribunales de *common law*. Y sólo mucho después de la Independencia, por leyes de 1873 y 1875, la Cancillería se convertirá, al lado de los antiguos tribunales de *common law*, en una sección de la *High Court of Justice*, cada sección con facultades de administrar la totalidad del derecho.⁴

66.—La *equity*, en verdad, no ha sido el único sistema de derecho que ha funcionado en Inglaterra, al lado del *common law*, en la época en que los primeros colonos se establecían en Virginia; ni aun en la época en que las Trece Colonias proclamaban su independencia.

Las jurisdicciones eclesiásticas que se habían creado en el momento de la conquista normanda,¹ con competencia en materia de contratos y de delitos, conservan competencia, por lo menos, y la conservaron hasta 1857, en materia de matrimonio, filiación y testamentos. Es cierto que, después de la Reforma, no aplicaban ya, íntegramente, el derecho canónico de la Iglesia romana; pero no estaban sometidas al *common law*; lo modifican más o menos profundamente y le superponen las normas del derecho canónico que existía en 1534, fecha de la ruptura de Enrique VIII con Roma, en la medida en que el mismo no lesionaba las leyes de Inglaterra, ni estaba modificado por decisión de los sínodos ingleses o por acto del Parlamento.

Igualmente, la Corte del Almirantazgo, que había aparecido hacia 1350 y se había impuesto progresivamente a la mayor parte de las ju-

3. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 65 (cf. para un período anterior, p. 44).

4. Cf. Sir Raymond EVERSLED, *Reflexions on the Fusion of Law and Equity After 75 Years*, "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 326-341.

(En español puede verse, sobre la *equity*: José CASTAN, *La equidad y sus tipos históricos*, "Rev. Gral. de Leg. y Jur.", t. XIX, N° 6, junio 1950, Madrid, pp. 697-751, principalmente, pp. 741-748; José PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona; y Oscar RABASA, *op. cit.*)

66.—

1. Cf. *supra*, N° 62.

jurisdicciones mercantiles anteriores,² continúa aplicando un derecho especial, la *Law Merchant*, de carácter internacional, fundado, a la vez, sobre los usos de comercio, los Roles de Oleron y el derecho romano. Su competencia, en realidad, va disminuyendo. El derecho mercantil, terrestre y nacional, se le escapa pronto. Una ley de 1541 le reconoce todavía una competencia bastante amplia en materia marítima y en materia internacional; pero en lo que se refiere al comercio internacional, los tribunales de *common law* van mermando sus facultades, poniendo los hechos fuera de su competencia, incluso por medio de ficciones, en caso necesario. Pronto, por lo tanto, se encontró casi restringido a las materias marítimas.

Por el contrario, los tribunales de Westminster resuelven los litigios mercantiles aplicando la *Law Merchant*. Considerada ésta, en un principio, como un hecho, al igual que las leyes extranjeras, debía probarse mediante testimonio de expertos y apreciarse por el jurado. En el siglo XVII, sin embargo, y por lo tanto durante el período colonial, Lord Mansfield considera la *Law Merchant* como parte integrante del *Common Law*. El contenido de ella puede entonces ser declarado por los propios tribunales, y las decisiones en la materia pueden, como en los otros campos del *common law*, constituir precedente y formar un cuerpo de normas.³

67.—Al lado de estos diversos sistemas de derecho, existe, en fin, el derecho legislado.

Su volumen es relativamente pequeño, tanto al principio como al final de la época colonial y sólo se desarrollará, verdaderamente, en el siglo XIX. La legislación se mantuvo en su papel tradicional, que es, únicamente, el de completar o corregir, en puntos particulares, las soluciones del *common law*. Las leyes más importantes son leyes constitucionales o cuasi-constitucionales: *Magna Carta* de 1215, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus* de 1679, *Bill of Rights* de 1689, *Act of Settlement* de 1701; o leyes relativas a la administración de justicia, principalmente a la competencia de las diferentes jurisdicciones.

Se advierten, sin embargo, incluso en el derecho privado, pujos legislativos bajo Enrique II, Enrique III y, sobre todo, Eduardo I. Son, principalmente, leyes relativas a la tierra (materia también política en gran proporción) y a los contratos, al menos en lo concerniente a la forma de los mismos y a su prueba.

Hay que destacar especialmente, en razón de su generalidad, el *Statute of Wales*, de 1284. Dictado para ilustrar a los *sheriffs* que ha-

2. Cf. *supra*, N° 62.

3. Sobre la incorporación del derecho mercantil en el *common law*, v. LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, pp. 325-334.

brian de aplicar el *common law* en el País de Gales, recientemente conquistado, expone los principios de aquél de una manera tan completa, que se le puede comparar, si no a un código, al menos a un manual sobre el derecho inglés de la época.¹

68.—Para comprender mejor la forma en que el *common law* pudo pasar desde Inglaterra a las colonias, hay que preguntarse cómo un inglés de principios del siglo xvii —particularmente un juez— podía tener conocimiento del *common law*.

El *common law* ya no era, como en su origen, una síntesis más o menos arbitraria de los principios consuetudinarios que le parecían más razonables al juez.¹ Forma ya un cuerpo, separado de las costumbres que le habían dado nacimiento, susceptible de confirmarse en fuentes formales bastante precisas.

La publicación de los *Year Books* había cesado, en realidad, en 1535; pero su contenido se había condensado, durante el siglo xvi, en los *Abridgements*, especie de repertorios sistemáticos, lo que suponía ya un progreso. Además, a los *Year Books*, que contenían la crónica, sucedieron recopilaciones de puras decisiones, lo que también era otro progreso para el porvenir. Estas recopilaciones son de un valor variable, pero emanan a menudo de un buen jurista de la época y, a veces, de un juez de Westminster. En ocasiones, son publicadas con cierta periodicidad; otras, sin embargo, aparecían sólo después de la muerte de su autor. Como el de los *Year Books*, el contenido de aquéllas fue objeto de *Abridgements*, principalmente los de Rolle (1668) y de Viner (1742-1753).

En consecuencia, gracias a las recopilaciones de sentencias, el *common law* se hace cada vez más fácil de conocer; pero encuentra todavía una exposición más clara, e intelectualmente más satisfactoria, en los escritos de algunos juristas. Una obra notable aparece precisamente a principios del período colonial. El primer volumen de las *Institutes of the laws of England*, de Sir Edward Coke, aparece en 1628 y los tres últimos, después de su muerte, en 1633. En conjunto, expone el derecho privado, el derecho público, el derecho penal y el derecho judicial, de una manera tan satisfactoria que la mayor parte de los jueces prescinden, en lo sucesivo, de recurrir a las fuentes directas, es decir, a las sentencias; las decisiones desdeñadas por Coke, serán tam-

67.—

1. PLUCKNETT, p. 27.

68.—

1. Cf. *supra*, N° 64.

bién desdeñadas por ellos y muchos de éstos le reconocen tal autoridad que se declaran ligados por sus opiniones.

Una segunda obra fundamental aparece a fines del período colonial: se trata de los *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, publicados de 1765 a 1769, y fundados en las clases dadas por el autor en Oxford desde 1753.² Su éxito queda testimoniado por nueve ediciones, hechas en vida del autor y un puesto para él en la Corte de Causas Comunes. En los Estados Unidos, su éxito no fue menor.³

Se puede, finalmente, señalar aquí una última obra, aunque no sea, propiamente, una exposición del *common law*, sino, al contrario, una crítica de sus técnicas, y aunque sea también posterior a la época colonial. Nos referimos a los *Principles of Moral and Legislation*, de Jeremías Bentham, publicados en 1789, que tuvieron, en seguida, enorme resonancia, sobre todo en Inglaterra y en los Estados Unidos.⁴ Bentham había sido alumno de Blackstone en Oxford, pero no sintió ninguna admiración por el *common law*. La publicación de los *Commentaries* le induce a publicar, desde 1776, un violento ataque al *common law* en su *Fragment on Government*. En sus *Principles*, expone su filosofía "utilitaria" y sus ideas jurídicas, que recoge posteriormente en su *General View of a Complete Code of Laws* y después en el *Traité de la Legislation Civile et Pénale*, escrito en colaboración con Dumont y publicado, en tres volúmenes, en 1802: sólo una codificación del derecho, puesta al corriente de las necesidades sociales por nuevas leyes, puede aportar el máximo de felicidad al mayor número de individuos.

La irradiación de las ideas de Bentham fue considerable, incluso entre los juristas; irradiación más que influencia, porque ellas fueron popularizadas más que seguidas por los dirigentes. Y así fue, principalmente, en los Estados Unidos.⁵

69.—Antes de seguir la suerte del *common law* en Norteamérica, conviene señalar el carácter político que tiene, accesoriamente, pero

2. Cf. *infra*, N° 158.

3. Cf. *infra*, N° 71, texto y nota 3.

4. Sobre las doctrinas de Bentham y su irradiación, v., entre muchos otros estudios: Elie HALEVY, *La révolution et la doctrine de l'utilité (1789-1815)*, 1901; A. V. DICEY, *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (1905; 2d. ed. 1944; trad. por Gaston JEZE, 1906); *Jeremy Bentham and the Law* (1948), a symposium edited by G. W. KEETON and G. SCHWARZENBERGER; MORROW, pp. 378-382; H. A. HOLLOND, *Jeremy Bentham 1748-1832*, "Cambr. L. J.", Vol. 10 (1948), pp. 3-32.

5. El *Traité de la législation civile et pénale*, fue traducido y publicado en los Estados Unidos en 1830 y en 1864.

con bastante nitidez; ¹ lo que se explica por la actitud a su respecto de los colonos americanos, al menos en ciertos momentos de su historia. ²

Posee ese carácter desde su nacimiento y, en realidad, proviene de sus antecedentes. Antes de la conquista normanda, en efecto, la justicia es "popular", en el sentido de que es administrada por hombres libres reunidos en asamblea y la conquista deja subsistir parcialmente ese carácter popular de la justicia. Tanto en materia civil como en materia penal, un jurado se asocia al juez profesional y es él el que resuelve los puntos de hecho, sin que el juez pueda hacer más que extraer las consecuencias jurídicas que derivan, bastante mecánicamente, de la comprobación de los hechos. Se supone que semejante sistema representa protección contra el arbitrio del juez, representante de la autoridad.

Esta protección contra la arbitrariedad aumenta a medida que los precedentes judiciales adquieren autoridad. En el período de formación del *common law*, en efecto, el juez goza todavía de un poder bastante amplio de apreciación, para decir lo que constituye regla de derecho; pero cuando las decisiones se multiplican, se hace, moralmente al menos, prisionero de ellas hasta cierto punto. ³ La publicación de las recopilaciones de sentencias, la existencia de obras doctrinales fundadas en esas decisiones, la autoridad de Coke exponiendo el derecho, suponen, por otra parte, que el juez se considera normalmente ligado por los precedentes. No será sino hasta el siglo XIX, como se ha dicho, cuando se verá realmente obligado a seguirlos; pero desde fines del siglo XVI, y, por consiguiente, desde antes del período colonial norteamericano, se afirma que los precedentes son la mejor prueba de la ley. En tiempos de Coke, es normal que una sentencia cite los precedentes sobre los que se apoya; y después de la Restauración, la doctrina del precedente es objeto de cierto número de reglas, bastante flexibles por cierto.

69.—

1. Cf. Sir Maurice Sheldon AMOS, *The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations*, en *The Future of the Common Law* (1937, pp. 24-53, 29-30; Arthur L. GOODHART, *English Contributions to the Philosophy of Law* (1949), pp. 17-18; y la cita de Roscoe POUND, reproducida *infra*, N° 83. V. también BLACKSTONE, *Commentaries*, vol. 1, p. 141. Sobre los principios políticos del *common law* actualmente, v. *infra*, Núms. 182 y 183.

Recordemos, por ejemplo, que en 1215 el capítulo 39 de la *Magna Carta* garantizó la aplicación, en materia penal, de la "*lex terrae*" (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 82).

2. Cf. *infra*, Núms. 73 y 81. El texto del capítulo 39 de la *Magna Carta* es recogido en la mayor parte de las Constituciones estatales redactadas inmediatamente después de la Independencia (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 34). Se puede apreciar también la importancia atribuida a la estimación de los hechos por el jurado, leyendo en *The Federalist* (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 37), cap. 81 *in fine* y cap. 83, las consideraciones que le dedica Hamilton.

3. Cf. *supra*, N° 64.

El arbitrio del juez se encuentra, pues, doblemente limitado: a los hechos, tal como son apreciados por el jurado,^{3 bis} aplica el derecho, tal como resulta de los precedentes. Algunos autores norteamericanos, en la época moderna, habrán de subrayar que, pese a esa doble obediencia, el juez no es una máquina de juzgar.

El *common law* posee, en fin, un valor político, en cuanto los autores afirman constantemente —y Coke con particular energía a principios del período colonial— que la Corona y el Parlamento están sometidos a sus normas.

La cuestión no es una cuestión de escuelas. La doctrina de los juristas se opone a la de Jacobo I: *Rex est Lex*. Todo el siglo xvii inglés está ocupado por la lucha entre el rey y el Parlamento y en este conflicto los tribunales de *common law* se ponen al lado del segundo, lo mismo que, por otra parte, el Parlamento se había alineado con ellos anteriormente, también por razones políticas, en la lucha de aquéllos contra el Canciller. Nada sorprendente es que, en estas condiciones, el *common law* aparezca como el baluarte de las libertades contra el absolutismo real. Es ensalzado particularmente por Coke y Blackstone y por los jueces, y venerado. Se considera la expresión misma de la razón.⁴ Estar sometido a sus reglas es, para todo ciudadano inglés, un “privilegio”, un “derecho innato”. Sus orígenes, lejanos y oscuros, permiten presentarlo como la costumbre inmemorial del reino, tesoro de la sabiduría nacional, y goza del amor que los ingleses sienten hacia sus instituciones.

3 bis. El jurado no fue instituido para limitar el arbitrio de los jueces reales, pero desempeñó ese papel en ciertos momentos. Cf. C. J. HAMSON and T. F. T. PLUCKNETT, *The English Trial and Comparative Law* (1952).

4. Sobre el fundamento racional del *common law*, v. DAVID, *Introduction*, pp. 42, 44, 155 y ss.; LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, pp. 128-129; ANCEL, p. 68.