

CAPÍTULO XXIII

ESCOCIA Y EL DERECHO ROMANO

100. ESCOCIA ENCUENTRA CONTACTO CON EL DERECHO ROMANO

DESPUÉS de cierta recepción del derecho inglés, en parte gracias al *Tractatus* de Glanvill (1189), Escocia buscó una evolución propia, continuando un sistema normado con tribunales feudales dispersos; y en tiempos de Eduardo I, cuando el sistema inglés ya mostraba una organización firme, de perfiles *sui generis*, era evidente que por lo pronto Escocia no seguiría los pasos de su vecino.¹

En esta fase del derecho escocés medieval, fuera de los tribunales eclesiásticos —que tuvieron una amplia jurisdicción extraeclesiástica, a menudo de carácter arbitral— hallamos poca influencia del derecho romano, aunque la élite, desde luego, estuvo consciente de su existencia (P. Stein menciona inclusive cómo la Corona, alrededor de 1360, para liberarse de la necesidad de resolver un caso políticamente inoportuno, primero finge acoger de buen grado la petición, pero luego, de hecho, desanima al que buscaba justicia, por el hecho de exigir la aplicación del derecho romano, y por lo tanto, “cegando con ciencia”, *blinding with science*, al pobre actor).²

Al lado de la canalización de ciertos principios romanistas hacia Escocia a través de la Iglesia, había otro factor más, que pronto provocaría cierto auge del derecho romano en Escocia: el hecho de que Escocia no tuviera mucho éxito en sus intentos de establecer facultades propias de derecho, favorecía el estudio en el extranjero, ya que, aunque hasta 1560 se pudiera estudiar derecho *canónico* en Escocia, la enseñanza *iusromana* estuvo endeble o inexistente.³ Como el derecho escocés de todos mo-

¹ Cf. Cooper, T.M., *The Dark Age of Scottish Legal History*, Glasgow, 1952.

² P. Stein, IRMAc, V.1.3.b, p. 32.

³ Para las universidades de St. Andrews, —1413—, Glasgow, —1451— y Aberdeen, —1495—, véase P. Stein, IRMAc, V.1.3.b 1968.

dos era distinto del derecho inglés, los jóvenes interesados en una carrera jurídica no sintieron mucha necesidad de estudiar el derecho en Inglaterra, país respecto del cual, además, varios escoceses sintieron cierta desconfianza política.

A lo anterior debemos añadir que el estudio del derecho romano, con sus teorías generales y su claridad, además de su utilidad en la litigación eclesiástica, era más atractivo que el estudio de un derecho plagado de precedentes, en gran parte *judge-made*, vigente para el gran vecino al sur del Tweed, vagamente sentido como una amenaza. Así, desde el siglo xv, ya antes del momento en que el derecho escocés comenzaba a centralizarse y racionalizarse, varios de los hijos de la élite escocesa habían ido a estudiar en Bolonia y Pisa. Esta tendencia de estudiar en el Continente, recibió un impulso por el establecimiento de un buen sistema forense en 1532, con la creación del *Court of Session*, una suprema corte escocesa, cuyo procedimiento estuvo inspirado en el canónico, y que admitía notable influencia romanista, de manera que luego, en los siglos xvi y xvii, encontramos a los jóvenes escoceses también estudiando en Francia, que por tanto tiempo estuvo aliada con Escocia en contra de Inglaterra (allí, los estudiantes escoceses estudiaron sobre todo en Orleáns, donde habían formado una propia *natio Scotiae*; en 1505, la Universidad de Aberdeen recibió instrucciones de enseñar el derecho romano de acuerdo con el método de Orleáns)⁴ y posteriormente en Leiden (*Iurisprudentia Elegans*);⁵ y el hecho de que en 1567, por la Reforma, el derecho canónico fuese casi totalmente eliminado del *Ius Commune* escocés, dejándose allí sólo el derecho romano, aumentó el interés por este último, de manera que encontramos en la literatura escocesa referencias a una “segunda recepción del derecho romano” en los siglos xv y xvii (siendo la “primera recepción” el contacto que Escocia tuvo con este derecho a través de la Iglesia).

Lo anterior explica por qué, en las *Instituciones* de Stair, tan famosas que muchos autores dividen la antigua literatura jurídica escocesa en una fase pre-Stairiana y otra post-Stairiana, se enseña el derecho escocés de acuerdo con un sistema muy romanizado y con muchos detalles que vienen directamente del *Corpus Iuris*.

⁴ T.B. Smith, *L'influence de la Vieille Alliance sur le droit ecossais, Actes du Congrès sur L'ancienne Université d'Orléans*, 1962, pp. 107-121.

⁵ El famoso Voetius, de Leiden, menciona en su *Comentario al Digesto* (D.48.19.2 *in fine*) cómo debe una brillante sugerencia a uno de sus estudiantes escoceses.

101. DISMINUYE EL IMPACTO ROMANISTA EN ESCOCIA

Acabamos de ver que en la obra clásica de Stair, el derecho romano es omnipresente. Sin embargo, diciéndolo con algo de exageración, estas *Instituciones* fueron, en cuanto al derecho romano escocés, el canto del cisne; en el siglo xvi comienza la serie de los reportes judiciales, y una corriente creciente de importantes leyes, —*statutes*—, claramente publicadas, de manera que, comparando las *Instituciones* de Stair (1681) con las de Erskine (publicadas póstumamente en 1773),⁶ uno nota inmediatamente cuánto había bajado, entretanto, el carácter romanista del derecho escocés. Se afirma que durante el siglo xviii, el derecho romano fue más frecuentemente invocado desde la barra que aplicada por la banca (o sea los jueces): sólo como derecho supletorio, y entonces únicamente si la norma invocada pareciera equitativa y razonable a los jueces, el derecho romano podría tener efectos prácticos. Y cuando desde 1750, para ser admitido a la barra escocesa, uno tenía que hacer un examen de derecho escocés, el derecho romano sufrió otra *capitis deminutio*. Además, unas dos generaciones después, el “sistema continental”, aquel autobloqueo del continente europeo por Napoleón, terminó la tradición de ciertas familias escocesas de hacer estudiar a sus hijos en Leiden. Al mismo tiempo, las posibilidades para estudiar el derecho dentro del país mismo se habían mejorado; sin embargo, en esta enseñanza la bajada del elemento iurista siguió sólo con retraso la evolución del derecho forense, y, como nos comunica Peter Stein,⁷ Sir Walter Scott, en su juventud, tuvo que estudiar todavía todo aquel famoso “catecismo” de Heineccius sobre las *Instituciones* y las *Pandectas*.

102. LA SITUACIÓN ACTUAL

En la actualidad el iusromanismo ha entregado tan completamente su contenido útil (es decir, “útil” en opinión de la élite judicial y legislativa de la comunidad escocesa) a los dos pilares del derecho escocés moderno: jurisprudencia y legislación, que ya es excepcional que jueces y abogados escoceses contemporáneos sientan la necesidad de recurrir a las fuen-

⁶ El vizconde Stair, John Erskine (1695-1768) y George Mackenzie, cuyas *Instituciones* son de 1684, forman la “Trinidad jurídica” del antiguo derecho escocés (a los que uno podría añadir a G.J. Bell).

⁷ “The actio de effusis vel deiectis and the concept of quasi-delict in Scots Law”, 1955 *Intern. & Compared Law Quarterly* 4, pp. 361-375.

tes iusromanistas (que, de todos modos, serían más bien las *Instituciones* escritas por la "Trinidad jurídica" escocesa (ver nota 6), que las glosas medievales o el *Corpus Iuris*). Y las veces que se intenta hacer tal búsqueda, el resultado no siempre resulta satisfactorio para el sentido común. El padre del muchacho que recibió en la cabeza, desde una ventana indeterminable de una casa de huéspedes, el contenido de una bacinica manipulada por una mano anónima —tragedia a la que se refiere *Gray v. Dunlop & An.*, de 1954, analizada por Peter Stein en el artículo que acabamos de mencionar— no debe tener en alta estima un *Corpus Iuris* que, por el hecho de ofrecer una indemnización por lo doble —generosidad considerada como inaceptable por el juez contemporáneo (el cual, al respecto, tenía toda la razón, ya que el *duplum* implica una multa privada, un castigo, por lo tanto, y castigos sólo pueden imponerse por el legislador)—, motivaba finalmente una sentencia que ni siquiera otorgó un resarcimiento por *una sola vez* el daño . . .

Observemos aquí que si la Introducción de Grocio hubiera sido un libro de autoridad para la justicia escocesa, de la misma manera que era y es un libro de autoridad en Sudáfrica, el caso del niño se hubiera presentado más favorablemente, ya que en el derecho romano-holandés, la indemnización por lo doble habría sido reducida a la cantidad simple. Sin embargo, la justicia escocesa también rechazó el recurso a la figura romana del cuasidelito sancionado por la *actio de effusis vel deiectis*, por el hecho de que los autores de la mencionada trinidad no supieron qué hacer con esta categoría de los "cuasi-delitos", una categoría efectivamente no muy recomendable, por agrupar casos de responsabilidad objetiva, responsabilidad por propia culpa, y responsabilidad por dolo.

Es cuestión de gusto, si uno quiere considerar la remota necesidad de los juristas escoceses de la práctica, de recurrir a antiguos autores del derecho romano escocés, como justificante para clasificar a Escocia en la categoría de los países que, aunque en forma híbrida, siguen participando en la segunda vida del derecho romano. Se puede opinar que, para tal clasificación, las fuentes antiguas del derecho romano-escocés ya se han retirado demasiado de la vida forense actual. Sin embargo, el recuerdo del derecho romano se manifiesta todavía en famosas cátedras en Edimburgo, Glasgow y Aberdeen, a menudo ocupadas por brillantes romanistas, como Peter Stein. La presencia de David Daube, en la gloriosa carrera internacional a la que las desgracias de su patria lo habían obligado, en Aberdeen puso aquel contacto que se conservó cuando, más tarde trabajaba en Oxford, y dio lugar a la *arbor Daubiana* de romanistas esco-

ceses, entre los que sobresale Peter Stein (actualmente *Regius Professor of Civil Law* en Cambridge); a su lado mencionaremos a T.B. Smith, Anton, y, antes de éstos John Millar (profesor en Glasgow 1761-1801), Lorimer, James Muirhead,⁸ Henry Goudy,⁹ James Macintosh,¹⁰ y Matthew Fisher. También fuera de las cátedras, Escocia ha producido a interesantes autores como Lord Mackenzie (juez), George Monro, o F.P. Walton.¹¹

⁸ *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, 1886, y comentarios a las Instituciones de Justiniano y las Reglas de Ulpiano.

⁹ *Fate of Roman Law North and South of Tweed* (el Tweed es el río que separa Inglaterra de Escocia), y *Trichotomy in Roman Law*, 1910.

¹⁰ *Roman Law in Modern Practice*, sus *Tagore-lectures* en Calcuta de 1933, sobre casos de la práctica moderna inglesa y escocesa, en los que el derecho romano ha jugado un papel, Edinburgo, 1934; *Roman Law of Sale*, 2a. ed., Edinburgo, 1907.

¹¹ Para los problemas de la enseñanza iusromanista en Escocia, véase T.B. Smith, "A meditation on Scottish Universities and the Civil Law", 38 *Tulane Law Review*, 1959, pp. 621-630.