

VISTAZO AL COMMON LAW

Lo primero que puede decirse en un artículo cuyo propósito sea una descripción general del *Common Law*, es que no es un cuerpo nacional único de reglas de derecho, sino un sistema jurídico que comprende al derecho de muchos países. Además de Inglaterra,¹ cubre todos los Estados de Australia, Nueva Zelanda, Irlanda y de todos los de Estados Unidos de América excepto Louisiana, así como todas las provincias del Canadá, excepto la de Quebec. En muchos otros países, tales como la India, Pakistán, Israel y cierto número de naciones africanas, el *Common Law* constituye una parte importante del derecho nacional. Semejantes observaciones pueden hacerse, sin duda, respecto de los derechos romanistas,*² en tanto que constituyen un cuerpo de sistemas jurídicos cuyo origen puede ser rastreado hasta el derecho romano, lo que es generalmente sabido por los juristas del *Common Law*; pero lo que debe decirse en segundo lugar en un artículo como el presente, es que las relaciones de la familia del *Common Law* con su antecesor, el derecho inglés, son mucho más cercanas que las de los derechos romanistas respecto de su lejano abuelo el derecho romano. Dondequiera que se encuentre el *Common Law* en la actualidad, puede verse que fue tomado por los colonizadores ingleses, y que era su derecho viviente en el día de su partida.

¹ Para fines jurídicos, cuando se dice: Inglaterra, se incluye, como se ha hecho por muchos siglos, al país de Gales. Escocia tiene su propio sistema jurídico, que hablando estrictamente, no pertenece al de *Common Law*.

* La expresión *civil law* que aparece en el original en inglés, ha sido traducida aquí y en adelante por "derechos romanistas". (N.T.)

² David, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, París, 1964, pág. 18, prefiere la expresión: "Romano-germánicos". Pero esta frase, aunque más precisa, es más enfadosa. La ambigüedad de "Derecho Civil" (que el traductor ha traducido por "Derechos Romanistas") es menos importante para el jurista del *Common Law* que para el de los sistemas romanistas, pues no hay cosa semejante a un Código Civil en el *Common Law*. (Por su destino a lectores de sistemas jurídicos romanistas, la frase o expresión *Civil Law* que aparece profusamente en este trabajo, ha sido siempre traducido por "Derechos" o "Sistemas romanistas"). (Nota del Traductor).

Este hecho histórico tiene una gran importancia, porque sin la debida apreciación de la naturaleza británica del *Common Law* no será fácil adelantar en la comprensión de este sistema jurídico. Sin duda que hoy día el derecho en los Estados Unidos de América contiene muchas e importantes diferencias respecto al derecho inglés contemporáneo; pero tales diferencias son todas de reciente origen y desarrollo. Hasta el siglo XVIII el *Common Law* era el derecho de Inglaterra y nada más; y en esa época el derecho inglés ya tenía cinco siglos de edad y desarrollo tras él, antes de que hubiera tenido lugar cualquier desarrollo independiente fuera de Inglaterra. Como lo ha dicho René David, "el *Common Law* es un sistema profundamente afectado por su historia, y esta historia es, hasta el siglo XVIII, exclusivamente la historia del derecho inglés".³

Para los juristas extraños al *Common Law* su característica más distintiva es probablemente su naturaleza o bases casuísticas; el romanista tiende generalmente a pensar del derecho como una forma de moralidad social. Sus principios son declarados por el legislador sobre la base en que debiera asentarse la conducta humana en la sociedad; y la resolución de las controversias es vista solamente como una función secundaria del derecho. Esto puede ser menos cierto actualmente de lo que era hace algún tiempo, pues el desarrollo de las fructíferas funciones de los litigios en la vida moderna ha aumentado mucho, y en verdad también la importancia de la jurisprudencia en los derechos romanistas. Esto, a pesar de que la tradición de últimos sistemas jurídicos es de carácter doctrinal. Los códigos modernos deben mucho al trabajo de los académicos europeos sobre los textos romanos básicos, que así progresaron varios siglos anteriores a la era de codificación contemporánea, comenzando por los prusianos en tiempos de Federico el Grande; y debe ser notado que estos juristas académicos tuvieron poco o nada que ver con el derecho, si así puede ser llamado que rige hoy la solución diaria de las controversias ante los tribunales.

La historia del *Common Law* inglés fue siempre diferente; su origen se asienta en la creación de un gobierno central, el de Guillermo I, inmediatamente después de la conquista normanda en 1066. El mismo Guillermo I, como efectivamente sucedió, no hizo nada en contra de los tribunales locales que existían antes de la conquista, ni contra el derecho que aplicaban; pero con el curso del tiempo se desarrolló un cierto número de cuerpos judiciales, partiendo del gobierno central que

³ *Op. cit.*, p. 309.

adquirieron jurisdicción gradualmente sobre las controversias que se originaban en todas partes, resolviéndolas mediante la aplicación de un derecho común o *Common Law*, como es decir un derecho común para toda Inglaterra como diferente de un derecho de aplicación puramente local. Es importante hacer notar, sin embargo, que la adquisición de jurisdicción por los tribunales reales fue siempre gradual; no hubo un sólo acto del rey por el que su jurisdicción se hubiere transferido a su juez, sino un gradual apoderamiento por parte de los tribunales del rey, en primer lugar de una clase de negocios, y en seguida de otra hasta que llegó a quedar poco o nada de qué conocer a los tribunales locales.⁴

En concomitancia con esta adquisición gradual de jurisdicción por los tribunales reales, era natural que los abogados se preguntaran en cualquier negocio, antes que otra cosa: ¿goza mi cliente de un recurso? En lugar de preguntarse: ¿Tiene mi cliente un derecho? Y así fue como durante varios siglos el derecho se confinó estrictamente dentro de las fronteras de la técnica procesal. Para que una persona estuviera capacitada a iniciar una reclamación ante los tribunales reales, primero que todo tendría que obtener un *writ* * que era la sanción y autorización del rey para que el negocio pudiera llevarse ante el tribunal, la que se otorgaba por una oficina real conocida como "la Cancillería"⁵ u oficina del canciller, quien decidía si debería ser o no expedida para el caso particular de la controversia en cuestión. En una etapa posterior, recayó en los jueces la facultad de decidir cuándo la reclamación estaba o no bien fundada como una cuestión de derecho (pues la posesión de la carta del rey o *writ* no aseguraba el éxito) pero sin tal carta o *writ* ningún juicio podía comenzar. Con este *writ* como arma, por otra parte, el actor tenía tras de sí el poder del rey para que su controversia fuera decidida ante el tribunal.

Tal sistema condujo obviamente a un formalismo que consistió hasta el siglo XIX en un derecho integrado por un determinado número de "acciones" (*forms of action*). Diversas acciones ** eran iniciadas mediante diferentes tipos de *writ*, por lo que la cuestión vital en cada caso era de-

⁴ Por lo general, el pueblo prefería la justicia administrada por los tribunales reales si la podían obtener, pues era tanto más efectiva cuanto menos sujeta a la influencia de los hombres poderosos de la localidad.

* *Writ* no tiene traducción exacta al español. Semejante a la "Carta del Rey" del Fuero Juzgo, significaba recurso y acción, es decir, una forma de iniciación de procedimientos iniciales por el actor. (N.T.)

⁵ Esta oficina, esencialmente una dependencia administrativa del Gobierno, no debe ser confundida con los tribunales de cancillería a que se refiere este trabajo más adelante.

** "*Form of action*" se ha traducido como "acción" en el sentido usado en el derecho procesal contemporáneo. (N.T.)

terminar si esta última era aplicable y se ajustaba a la controversia. Y si no había una aplicable, por lo menos en lo referente a los tribunales reales, el quejoso no encontraba solución jurídica a su problema. También es muy significativo que las normas procesales durante largo tiempo se mantuvieran en tal forma que no podían entrecruzarse unas con otras, y el quejoso o actor podría encontrarse, en consecuencia, que su demanda era desestimada con fundamento de un mal uso o uso equivocado de su acción, a pesar de que con otra acción diversa hubiera tenido perfecto derecho al éxito. Su fracaso no llegaba a tanto como una decisión declaratoria de no tener derecho, sino sólo que había escogido un camino equivocado. No había, ciertamente, una teoría general acerca de los derechos jurídico-procesales en la jurisdicción de los tribunales reales, ni siquiera una opinión que comprendiera algunos casos específicamente definidos. Y aun cuando su jurisdicción se consideró universal, permaneció excepcional en teoría casi hasta la completa reorganización procesal que se llevó a cabo en Inglaterra en el siglo XIX. Desde entonces, el *Common Law* se ha desembarazado de los grilletes que lo encadenaban al proceso, de tal manera que hoy día son casi imposibles los errores derivados de diversos tipos de acción; pero siempre es esencial, a pesar de todo, recordar que lo que ahora llamamos el *Common Law*, tuvo su origen en estas formas del procedimiento judicial. El papel del derecho es considerado ser, en primero y último lugar, la resolución de las controversias y no declaraciones generales de principios, por lo que el desempeño de la tarea jurisdiccional, siempre ha sido pragmático.

Desde un punto de vista teórico, lo anterior da nacimiento a una paradoja que ha causado un buen número de trastornos en el pasado, que puede considerarse no han sido satisfactoriamente resueltos en los tiempos que corren. El abogado romanista está acostumbrado a pensar en el legislador como la única persona con autoridad suficiente para crear el derecho, y que la tarea de los tribunales es de interpretación y aplicación de la ley. Como es bien sabido, algunos códigos contienen prohibiciones expresas contra el pronunciamiento de disposición de carácter general que pudieran hacer los jueces.⁶ En Inglaterra, también desde hace largo tiempo, se ha sostenido que corresponde al Parlamento y solamente al Parlamento crear el derecho, expedir leyes; pero en contraste con la posición de los países de derecho romanista, ni siquiera se ha sugerido que la totalidad del derecho de las leyes puede encontrarse en la legislación del Parlamento. Se siente uno conducido por ello, a pesar que debe haber

⁶ Véase el artículo 5 del Código Civil francés.

muchos problemas en los que no hay derecho aplicable; pero esto nunca ha sido admitido; el derecho inglés insiste en que ningún juez puede negarse a sentenciar una controversia por ausencia de norma jurídica en la cual puede fundarse su decisión.⁷ Solamente el Parlamento puede hacer materialmente las leyes; pero hay mucho *derecho* que no ha sido creado por el Parlamento; tal es la paradoja del *Common Law*.

¿Cuándo, entonces, será resuelta esta paradoja? Por un momento la respuesta parece haber sido acudir a una ficción conforme a la cual hay un cuerpo de derecho preexistente, y que es tarea judicial el descubrirlo. Y congruentemente se sostenía que las resoluciones eran solamente una prueba del derecho y no el derecho mismo.⁸ Sir Matthew Hale, que escribió en el siglo xvii, dijo que las decisiones de los tribunales de justicia no hacen "un derecho propiamente así llamado, porque sólo el Rey y el Parlamento pueden hacerlo, sino que tienen un gran peso y autoridad al declarar y publicar el derecho de este reino... y aunque tales decisiones son menos que el derecho, son sin embargo una mayor prueba de ello, por encima de la opinión de cualesquiera personas privadas como tales".⁹ Sir William Blackstone, juez que fue el primer profesor de derecho inglés, más de un siglo después habló de las decisiones judiciales como: "La prueba principal y de máxima autoridad que puede darse sobre la existencia de una costumbre, que forma parte del *Common Law*".¹⁰

Así Blackstone contempla este pretendido cuerpo de derecho como "la costumbre", y esto es probablemente la ficción más satisfactoria que puede encontrarse, pero ficción al fin y al cabo como lo demuestra verdaderamente Blackstone, aunque *posiblemente sin darse cuenta* de las consecuencias de lo que dice.

"La única manera de probar que esta o aquella máxima es una norma en el *Common Law*" dice, "es demostrar que siempre ha sido costumbre el observarla".¹¹ Pero en subsecuente párrafo de su obra abandona la idea

⁷ No hay precepto legislativo que para este efecto sea comparable al artículo 18 del Código Civil mexicano del Distrito y Territorios Federales, pero nadie duda acerca de este punto.

⁸ La doctrina de un cuerpo preexistente de derecho está más claramente expuesta en este pasaje aunque fue escrita en el siglo xviii. Después de establecer que las resoluciones precedentes no necesitan ser aplicadas si son contrarias a la "razón" o a la "ley divina", el autor continúa: "pero aún en tales casos los jueces posteriores no tratan de crear nuevas normas de derecho, sino vindicar las viejas de una falsa comprensión. Por si se llega a encontrar que la sentencia anterior es manifiestamente absurda o injusta no se declara que tal decisión sea mal derecho sino que no fue "derecho", es decir, que no es de las costumbres establecidas en el Reino como determinada erróneamente. *1 Bl. Comm.* 70.

⁹ *History of the Common Law*, 6th ed., p. 90.

¹⁰ *1 Bl. Comm.* 69.

¹¹ *Ibid.* 68.

respecto de cómo deben ser conocidas estas costumbres y por quién debe ser comprobada su validez. Y dice... "por los jueces en los diversos tribunales de justicia. Ellos son los depositarios del derecho, los oráculos vivientes que deben decidir en todos los casos de duda; que están obligados bajo juramento a resolver de acuerdo con el derecho de la tierra. Sus conocimientos proceden de su experiencia y del estudio... y por estar acostumbrados por largo tiempo, personalmente, a las decisiones judiciales de sus predecesores". ^{11bis} En otras palabras: la costumbre en Inglaterra es lo que los jueces dicen ser. ^{11ter.}

Si se abandona la ficción de la costumbre inmemorial, como hoy día lo está, debe admitirse que las sentencias de los jueces crean realmente el derecho, y que detrás de ellas no hay otra cosa que no sea las sentencias de sus predecesores.

De ello no se deduce, sin embargo, que un juez del *Common Law* sea libre de sentenciar los casos que se le presentan de la manera que más le plazca. No es este artículo lugar para examinar cómo opera la doctrina del precedente; mas teniendo en cuenta la noción del principio de todas las cosas y respecto de la primera de todas las sentencias pronunciadas, en el sentido que lo haya sido, ha habido siempre un cuerpo de sentencias precedentes con las que hablando en términos generales, debiera estar conforme cualquier sentencia en casos determinados.

En un negocio semejante a otro anteriormente fallado, el juez debe sentenciar en el mismo sentido o bien demostrar, por medio de referencias a los hechos en ambos casos, por qué el último habría de ser resuelto en sentido diverso del que lo fue el anterior.

Así llegamos al corazón de la técnica del *Common Law*, que es estudiar para resolver cada controversia, no mediante principios generales establecidos autoritariamente por el legislador, sino mediante una detenida consideración de los hechos. El juez debe estudiar los motivos de las sentencias dictadas en negocios precedentes semejantes al que trata, y por medio de una cuidadosa comparación de los hechos, declarar si son de reproducirse las conclusiones del negocio precedente, o bien si existen diferencias de significación que justifiquen y requieran una solución diversa.

Al principio pudo ser posible a los jueces actuar tal como queda dicho literalmente, ya que para ellos fue sencillo comparar los hechos de los

^{11 bis.} *Ibid.* 69.

^{11 ter.} La costumbre que es particular o especial, sea por tratarse de una costumbre meramente local válida, o en razón de que su aplicación se reduce a una especie particular de personas, puede ser usada en un tribunal para la resolución de controversias que deba decidir; pero no puede haber costumbres generales distintas del *Common Law* mismo.

negocios anteriores con los de su conocimiento directo, llegar a una conclusión y tomar una decisión sin referirse a principio general alguno. Sin embargo, puede dudarse que las cosas hayan sido alguna vez tan sencillas, y ciertamente ahora no lo son, aunque fuera la única razón la cantidad acumulada de sentencias, que es ya muy grande. Es indispensable una sistematización al menos en lo que se refiere a numerosos y diferentes encabezados, y ello necesariamente lleva a una exposición de principios generales del derecho.

La comparación de un grupo de sentencias que traten el mismo tipo de problemas, revelará a quienes conozcan la técnica correcta, una congruencia yacente sobre principios generales que puede convertirse en formas explícitas que pueden ser usadas para la resolución de controversias posteriores.

La formulación de los principios producto del examen de las sentencias, es hecha frecuentemente hoy día por los académicos autores de libros de texto sobre derecho; pero esta actividad académica de carácter jurídico es comparativamente de reciente desarrollo en la historia del derecho inglés; ¹² y, corresponde en verdad a los propios jueces la formulación de estos principios jurídicos. Los jueces del *Common Law*, al dictar sus sentencias, dan a sus fundamentos una mucha mayor amplitud de la que dan los jueces en países romanistas o de derecho legislado; y en el curso de sus sentencias examinan detalladamente los fundamentos de los negocios que son precedentes. Y extraen de ellos los elementos comunes a los principios generales y demuestran cómo estos principios fundamentan o no la resolución en la controversia que se examina. Se encuentran en muchas resoluciones, muy elaboradas exposiciones del derecho como se aplica a los hechos; y tales exposiciones se convierten entonces en parte del cuerpo del derecho para el futuro.

Deben realmente existir, pues, principios generales del *Comon Law*; pero difieren de los principios declarados que se encuentran en los códigos de los países romanistas en dos importantes puntos. En primer lugar, aquellos principios no son por sí mismos normas jurídicas coercibles. Puede ser, y si se aplican congruentemente deben serlo, mucho más importantes respecto de la decisión de controversias futuras, sin que algunas veces el juez aparezca apenas como creador del derecho de manera muy diferente al legislador. Pero subsiste el hecho de que toda formulación de un principio general hecha por un juez o por un escritor jurista, sólo tiene carácter provisional. Un juez posterior es libre de no tomarlo en

¹² La primera cátedra de derecho inglés en universidades inglesas fue la *Vinerian Chair* en Oxford, creada en 1756, su primer catedrático fue Sir William Blackstone, antes mencionado.

cuenta sino hasta que decida sobre una controversia en la que puede ser incongruente con lo anteriormente resuelto, y aun declarar que tal principio está equivocado.

Ningún juez de derecho codificado puede declarar que un principio contenido en un artículo del código es incorrecto conforme a derecho y en cambio, todos los estudiantes del primer año de derecho en Inglaterra deben aprender a encontrar las declaraciones de principios de los jueces. No solamente es una cuestión debida sino necesariamente parte del proceso mental de un abogado del *Common Law*, averiguar si la declaración del juez acerca del derecho es correcta.

El otro punto en que los presupuestos del *Common Law* difieren de los contenidos en el derecho legislado, consiste en su grado de detalle en relación a los hechos. Como están fundados no sobre consideraciones teóricas sino sobre sentencias de casos precedentes que han realmente ocurrido, muchas declaraciones de principios se basan no solamente sobre una serie de hechos ocurridos, sino como un refinamiento en una serie de casos, son capaces de proporcionar normas de un detalle práctico considerable. Ciertamente se pueden encontrar amplios principios, tales como que una persona está obligada a pagar compensación por daños que haya causado su negligencia; pero en la aplicación de esta norma se encuentran innumerables guías autorizadas sobre cuestiones incidentales y de detalle que se presentan.

Éste es un segundo aspecto que da al *Common Law* una de las ventajas que reclama, que es la certidumbre. Para el abogado del *Common Law*, cuya mente siempre se dirige a las sentencias existentes y potenciales de los tribunales, ciertamente no significa ello simplemente que se pueda saber con certeza razonable cuáles son los principios del derecho, pues es cierto que en este sentido los derechos romanistas otorgan mucha mayor certidumbre que el *Common Law*. Lo que se quiere significar por certidumbre en el abogado anglosajón, es que cuando uno de ellos aconseje a su cliente, esté capacitado para predecir con un alto grado de precisión, cuál va a ser la sentencia en caso de que se llevara el asunto ante un tribunal. La existencia de tan numerosos detalles en el derecho, habilita las predicciones que pueden hacerse frecuentemente y con confianza; un factor que significa mucho en la proposición de transacciones extrajudiciales en los conflictos que se dan, y que así mismo habilita a la gente para ser advertida anticipadamente de las responsabilidades en que incurriría conforme a su conducta en un caso particular.

Se reconoce al *Common Law* no solamente que proporciona esta especie de certidumbre, sino también que es flexible en el sentido de ser capaz de cambios a fin de guardar el compás con los desarrollos de la sociedad misma. Sin duda la flexibilidad es lógicamente incompatible con la certidumbre, y ningún sistema jurídico puede proporcionar ambas conjuntamente: la flexibilidad y certidumbre absolutas. Pero todos y cada uno de los sistemas jurídicos deben encontrar un compromiso entre la certidumbre y la flexibilidad y algunas veces se reclama que el sistema del *Common Law* puede hacer esto especialmente bien.

No se intenta en este artículo entrar en discusiones sobre los méritos comparativos del *Common Law* con los derechos romanistas, pero vale la pena emplear unos momentos en tratar el mecanismo del cambio en el *Common Law*. Su característica central consiste en el carácter profesional de cada declaración de principio, a lo cual se ha hecho ya referencia, y a la atención especial dada a los hechos de cada conflicto que se lleve a los tribunales. Una declaración de principios puede hacerse sobre la base de un número de sentencias que están asentadas sobre este principio, y el derecho puede aparecer como declarado en esa forma. En una fecha posterior puede llegar a ocurrir una controversia que a primera vista parezca resuelta por la aplicación literal del principio; pero que una meditada consideración muestre que contiene un nuevo elemento de hecho que hace que la aplicación de aquel principio sea improcedente o injusta. Si este punto de vista se adopta por el juez, buscará evitar la aplicación del principio mediante la distinción de las primeras sentencias con fundamento en el nuevo elemento. De hecho convierte el caso que se le presenta en significativamente diferente de los precedentes estudiados y su resolución establecerá una excepción a la norma. Puede suceder que sentencias posteriores se sitúen más dentro de la excepción que dentro de la regla, y siguiendo su curso debido, se llegare a darse cuenta, se ha convertido en una regla lo que anteriormente se considere una excepción. Diferentes elementos en los hechos de los negocios aparecerán como importantes, y un nuevo principio, más de acuerdo con las necesidades contemporáneas, habrá nacido a la existencia.

Hasta ahora hemos hablado como si el *Common Law* consistiera íntegramente en el derecho tal como se contiene en las sentencias de los tribunales y dentro de los países de sistema jurídico anglosajón. Esta frase comúnmente se toma en el sentido del "derecho del precedente" como opuesta al derecho expresado en forma legislada. A pesar de todo, por supuesto, todos los países del *Common Law* por muchos años han suple-

mentado sus sistemas mediante legislación, y actualmente el derecho (*the Law*) es visto generalmente como una amalgama del *Common Law* y de las leyes. Se reconoce que hay cierta evolución jurídica que es imposible alcanzar exclusivamente con los medios del *Common Law*, particularmente la creación de instituciones jurídicas totalmente nuevas; y también se encuentra a veces ser necesario deshacer teorías del *Common Law* que han quedado demasiado inmóviles, sustituyéndolas por otras de la manera antes descrita. Se hace necesario aquí un examen del contenido legislado del derecho en los países del *Common Law*: pero en cualquier caso, hablando en términos generales, los problemas no son muy diversos de los que se presentan en relación con la legislación en países de cualquier otro tipo de sistema jurídico. Debo hacer énfasis, sin embargo, en que a pesar de que la legislación se reconoce como la forma suprema del derecho, capaz de contradecir o modificar cualquier principio establecido en las sentencias de los tribunales, ni aun ahora se piensa que ésta sea la principal fuente del derecho. Las decisiones de los tribunales forman la base del derecho y representan la norma: todavía se considera a las leyes como la excepción que modifica y suplementa al derecho y algunas veces crea nuevos cuerpos jurídicos como ha sido el caso: por ejemplo, los impuestos. Pero la base siempre se presupone que existe desde luego, autónoma y auto-creada en los millones de controversias que se han tramitado y resuelto en la historia del derecho.

Si cambiamos de enfoque el método general de la técnica del *Common Law* para posarlo en el problema de sus clasificaciones, la primera cosa que debe decirse es que estas clasificaciones mantienen muy poca o ninguna relación con las clasificaciones de los derechos romanistas. Y en segundo lugar, que son no solamente diferentes, sino que están muy lejos de la precisión de aquéllas, lo que tiene mucha menos importancia práctica. La razón de ello es que a pesar de la dualidad del *Common Law* (en su sentido específico) y la *Equity* como integrantes del *Common Law* (en su sentido générico) éste es esencialmente un sistema unitario, un cuerpo único de derecho de límites imprecisos entre sus diversas secciones. Hoy en día, es cierto, hay algunos tribunales especiales cuyas sentencias son esencialmente de carácter más bien judicial que de naturaleza administrativa, como sucede en Inglaterra con la "Comisión de lesiones en la Industria", cuyo deber es decidir sobre problemas legales relativos a compensaciones conforme a la tabla nacional de seguros; o bien el Tribunal de transportes, al que competen los problemas de autorizar a los vehículos comerciales. También es verdad que en el pasado ha habido tribunales

especiales como los tribunales que aplicaban el derecho marítimo y el derecho mercantil. Estos últimos han sido desde hace tiempo absorbidos dentro de la organización general de la judicatura. Por otra parte, respecto de los principios, no existe problema específico de competencia entre los tribunales mercantiles y los tribunales ordinarios en ningún tiempo. Siempre ha acontecido que los tribunales ordinarios del *Common Law* no han dudado en ningún caso, cuando se ha ofrecido, en resolver controversias entre comerciantes.¹³

En cuanto a los modernos tribunales especiales, semejantes a los que quedan mencionados, el radio de su jurisdicción es estrecho y está estrictamente definido en las leyes que los crearon. Ningún jurista estaría inclinado a reconocer que los "seguros por lesiones industriales" o que la "autorización de transportes" son divisiones que valga la pena hacer en derecho inglés. Y la necesidad de esclarecer estas divisiones con el propósito de atribución de la jurisdicción entre diversos tribunales, problema del presente caso, no existe, por ejemplo, en Francia en donde no se distinguen los tribunales ordinarios de los administrativos.¹⁴

Todo lo anterior no quiere decir que dentro del *Common Law* no se hayan sufrido nunca controversias sobre jurisdicción entre tribunales de competencia diferente. Como ha quedado mencionado, del gobierno centralista de los reyes normandos se originó y desarrolló un cierto número de cuerpos judiciales, que gradualmente vinieron a tener virtualmente, jurisdicción universal en controversias de toda especie. Estos tribunales en número de tres, tienen teóricamente una función diversa cada uno. El Tribunal Fiscal (*Court of Exchequer*) se ocupaba de las rentas reales; el Tribunal de la Banca del Rey (*King's Bench*) de otros asuntos relativos de la Corona, en tanto que el Tribunal de las Peticiones Comunes (*Common Pleas*) se ocupaba de resolver controversias entre los ciudadanos particulares. Conforme las cosas fueran sucediendo, sin embargo, estos tres tribunales llegaron a competir uno con otro¹⁵ y a través de un amplio uso de ficciones, han adquirido jurisdicción concurrente más o menos, a partir del siglo XVIII.

Los conflictos de jurisdicción entre ellos, que principalmente se han originado en tecnicismos de forma y no en cuestiones de fondo, eran

¹³ Véase Holdsworth H. E. L., 7^a ed., 1956, *Introductory Essay*, p. 63, en la que cita a L. Stuart Sutherland, *The Law Merchant in England in the xvii and xviii centuries*, en R. H. S. Tr. (4th ser.) xvii (1934) 144-176.

¹⁴ Actualmente existe en Francia un tribunal de conflictos cuya sola materia es resolver los conflictos de jurisdicción y el derecho aplicable entre los tribunales comunes y los administrativos.

¹⁵ Sus jueces eran pagados con los honorarios que los litigantes debían pagar.

vistos en el siglo XIX por lo que en realidad eran: áridas controversias de procedimiento sin relevancia respecto del fondo o naturaleza de la controversia que trataban. También había anomalías que hacían perder el tiempo y operaban solamente creando situaciones injustas a fin de proveer de dinero los bolsillos de los abogados; pero fueron barridos totalmente por las reformas de 1873-1875,¹⁶ reformas que crearon una única Suprema Corte de la Judicatura, con genuina jurisdicción universal.¹⁷

Una de las principales razones de la necesidad de una clasificación clara y precisa, como es la necesidad de resolver las controversias entre los diferentes tribunales, es desconocida para fines prácticos en el *Common Law* moderno. También lo es otra fuente de esta necesidad común en todos los países cuyo derecho se contiene en códigos, la necesidad de dividir el derecho en diversos ordenamientos legales. La clasificación en el *Common Law* es esencialmente una cuestión de conveniencia, pues nosotros reconocemos, por ejemplo, que hay una rama del derecho que puede ser convenientemente estudiada bajo el nombre de "derecho público". Pero no hay necesidad de entrar en consideraciones elaboradas acerca de la naturaleza y contenido del derecho público, ya que de la distinción entre derecho público y derecho privado, nada trasciende al ejercicio profesional ni a la práctica. El mismo derecho rige tanto la responsabilidad del ciudadano ordinario como la responsabilidad de un funcionario o empleado del Estado; y hoy día, aun del Estado mismo. Los conflictos entre los particulares y el Estado y los que se plantean de los particulares entre sí, son decididos de la misma manera por tribunales de derecho.

Sin embargo, hay una división usual en el derecho inglés, probablemente conocida de todos los que saben algo del *Common Law*, que impresiona al estudiante extranjero como peculiarmente extraña: es la distinción entre el *Common Law* y la *Equity*, es decir, entre *derecho-ley* y *derecho-equidad*. * Pero se trata de una división de carácter altamente especializado, porque no divide ni separa una rama del derecho que rija a una clase especial de vínculos jurídicos con problemas originados en la vida social, como es por ejemplo la distinción entre derecho civil y derecho mercantil en los países de sistema jurídico romanista.¹⁸ Todo lo que hace hoy día

¹⁶ La *Judicature Acts* de esos años.

¹⁷ En cuanto se refiere a Inglaterra, desde la Ley de Procedimientos de la Corona de 1947. Antes de esa fecha, las reclamaciones contra el Estado sólo eran posibles conforme a muy especiales circunstancias.

* Oscar Rabasa, *El derecho angloamericano*, ed. F. C. E., 1943. Capítulo sobre la *Equity*. (N.T.)

¹⁸ Pero las relaciones entre fiduciario y beneficiario es exclusivamente de la naturaleza de la *Equity*.

es indicar la diferencia histórica respecto del origen de diversos principios de derecho considerados como una rama dentro de su unidad.¹⁹

El origen de la *Equity*, como el origen del *Common Law*²⁰ descansa en el gobierno central del rey y en una costumbre que se creó y desarrolló después del establecimiento de los tribunales del *Common Law*, por las peticiones hechas al rey de corregir injusticias que ocurrían dentro de la rigidez y falta de adecuación del *Common Law*. Estas peticiones se hicieron especialmente frecuentes durante los siglos XIV y XV, y a mediados de este último ya había sido efectivamente creado, otro tribunal que era el del Canciller (*Court of Chancery*) quien resolvía aquellas peticiones apoyado en la "equidad" o en la buena conciencia.²¹ En el transcurso del tiempo, sin embargo, la equidad aplicada por este tribunal adquirió congruencia y vigor; y probablemente el rígido derecho inglés e Inglaterra tuvieron dos sistemas de derecho coexistentes, uno junto al otro; pero aplicados por tribunales diferentes, separación de jurisdicciones que existió solamente hasta el siglo XIX.

No se puede pretender que las relaciones entre los tribunales de derecho y los tribunales de *Equity* hayan sido amigables a través de su historia; pero la idea que aparentemente tienen algunos estudiantes extranjeros que estudian el *Common Law*, que creen que el derecho y la *Equity* eran dos grupos de principios jurídicos en constante conflicto y controversia, es totalmente equivocada. Una clara comprensión respecto de sus respectivas posiciones en un caso de conflicto ocasional, tuvo lugar en el siglo XVII; y desde su establecimiento de 1875, la Suprema Corte de la Judicatura en Inglaterra ha administrado justicia tanto en el derecho como en *Equity* conjuntamente. Los principios de la *Equity* no se encuentran en contradicción con los del *Common Law*, sino que los suplementan y de vez en cuando los corrigen. Los dos grupos de principios jurídicos operan paralelamente uno al otro. Hay algunos temas, como el del *trust*, que se manejan con uno solo de estos, con los principios de la *Equity*. En el *Common Law* no hay cosa semejante a un *trust*. Y por otra parte, en los

¹⁹ La *Equity* es enseñada como materia diversa en muchas universidades inglesas; pero desde 1889 el gran abogado inglés, historiador jurídico, F. W. Maitland, previno a sus estudiantes a fin de que no pensarán de la *Equity* como una sección del derecho que fuere coordinable con otras secciones o ramas como el derecho de contratos. Véanse sus conferencias publicadas en 1966 (C. L. J. 54, 61-63).

²⁰ En los siguientes párrafos *Common Law* se usa en otro de sus significados en contraste con *Equity*, en un sentido específico. Pero cuando se habla de *Common Law* como en el título de este artículo, la frase es genérica, incluye también a la *Equity*.

²¹ Hay un notorio y claro paralelo frecuentemente encontrado con el Pretor de la Roma antigua; pero no hay razón alguna que autorice suponer que se trató de un deliberado paralelismo.

casos en que tanto la *Equity* o “derecho-equidad” como el *Common Law* o “derecho-ley”, se aplican al mismo negocio. Los dos grupos de principios cooperan de tal manera, que la *Equity* se conduce como si fuera una glosa del “derecho-ley”. En todo momento la *Equity* presupone la existencia del “derecho-ley” y no es de ninguna manera una sección separada o autónoma del derecho mismo.

Entramos ahora a estudiar cuáles son las categorías jurídicas en el *Common Law*. Por supuesto, hay un derecho criminal o derecho penal que generalmente es considerado como una sección separada del resto del derecho; pero debemos recordar que el origen de la responsabilidad civil y de la responsabilidad criminal es el mismo, y que el desarrollo de los recursos civiles en los tribunales reales, dentro de ciertos límites era consecuencia de la opinión de la “alteración de la paz”. * Explica en pocas palabras la doctrina de la paz del Rey, concepto que fue el centro de la expansión y desarrollo de la jurisdicción real de asuntos penales. Dentro de lo que el abogado de los sistemas romanistas debe pensar naturalmente que es el derecho privado, nosotros tratamos temas como los bienes, los contratos, los actos ilícitos y como un recién llegado, el “derecho de familia”. No encontramos el rubro “personas” o “cosas”, a pesar de que “bienes” es un concepto muy cercano a “cosas” si se piensa en lo que concierne a su contenido. Tampoco encontramos las “obligaciones”, a pesar de que actualmente hay un cierto número de abogados, entre los que se encuentra el que esto escribe, que piensa que la enseñanza de los “contratos” y los *torts* o actos ilícitos, así como parte del derecho de “bienes”, se haría mejor si lo fuese dentro de aquel rubro general.

Lo que debe notarse como cosa importante acerca de esta clasificación del *Common Law* es que sus bases, en todos sentidos, se asientan en las diversas fuentes de responsabilidad conforme a derecho. La resistencia hacia el concepto de “obligaciones” que traería juntamente al *contract* y al *tort*, este último que puede ser explicado aproximadamente como responsabilidad extracontractual, tiene su origen principalmente en el hecho de que a pesar de que hay innumerables ocasiones en que estas dos formas de responsabilidad, la contractual y la del *torts* pueden coexistir, se piensa

* Véase la “doctrina de la paz del Rey” en Oscar Rabasa, *op. cit.* (N.T.).

²² La separación entre derecho penal y derecho que no es penal es quizá más exagerada por el *Common Law* que por los sistemas jurídicos romanistas de hoy día, puesto que no hay teoría general de la víctima de un delito en el *Common Law*, que por esta razón tenga derecho a reclamar indemnización al ofensor. Tampoco hay un procedimiento por el que la víctima pueda reclamar indemnización en el procedimiento criminal, que sea comparable a la “acción civil reparatoria” de los sistemas romanistas.

persistentemente de ellos como cosa bien distinta. La responsabilidad contractual requiere la existencia de un contrato, lo que conforme al *Common Law* significa no solamente el consentimiento, sino la presencia de un requisito peculiar del *Common Law*: la *consideration* o contraprestación. Por otra parte, la responsabilidad derivada del *tort*, no lo requiere.

Hemos hablado del derecho de familia, como un pariente recién llegado, y la razón de ello es de algún interés porque muestra la preocupación tradicional del abogado del *Common Law* en controversias que se originan ante los tribunales. Como un hecho de la vida social, la institución de la familia da nacimiento a controversias ante los tribunales solamente cuando las cosas han ido muy mal; es de notarse, en cuanto se refiere al matrimonio, cuando una de las partes busca el divorcio. Solamente en ocasiones raras el derecho relativo al matrimonio se lleva a los tribunales, y aun en estos casos lo más seguro es que se origine en relación con procedimientos de divorcio, ya que sólo un matrimonio válido es condición necesaria para que se conceda el divorcio. Hemos tenido durante largos años libros de texto sobre divorcio; pero sólo recientemente, con las preocupaciones en aumento respecto de las consecuencias y presupuestos sociales del derecho, hemos incluido el tema de los aspectos no litigiosos del derecho que regula las relaciones de la familia como un conjunto.

El derecho de los bienes, por otra parte, ha sido visto desde hace mucho tiempo como la parte del derecho apropiada sobre este tema y sin embargo, está mucho menos ligada que otras partes del derecho con la resolución de controversias ante los tribunales. Esta apariencia se basa sin duda sobre la verdad, en gran medida; pero es un hecho que debemos en gran parte nuestro derecho de bienes a las decisiones de los tribunales en materia contractual o de responsabilidad por casos ilícitos, como por ejemplo, nuestros conceptos sobre propiedad y posesión y otros del derecho inglés,²³ En el derecho de los primeros tiempos medievales, es cierto que alguien supo que se aproximaba a un derecho real y a una acción próxima a la *rei vindicatio* romana; pero por una ironía de la historia, las llamadas "acciones reales" fueron suplantadas por una acción de naturaleza esencialmente característica del *tort*, por lo que los terratenientes encontraron preferible proteger sus derechos por medio de la acción de *trespass*, alegando aunque fuera ficticio que habían sido privados de la posesión de la tierra por hechos ilícitos, en lugar de tratar de establecer su derecho

²³ No hay norma en el *Common Law* sobre la acumulación de responsabilidades y no solamente es posible sino muy común la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad por actos ilícitos que derivan de los mismos hechos.

de propiedad como tal.²⁴ En todo caso, las acciones reales nunca fueron ejercitadas sobre bienes muebles²⁵ y respecto a este tipo de bienes, la deuda que tiene el derecho a las sentencias dictadas en materia de responsabilidad contractual o de *torts* es todavía más distinguible.

Pero volvamos al carácter casuístico del *Common Law*. Los tribunales lo orientan y sus principios son el producto de las innumerables sentencias a través de los tiempos, que no son el producto de actos legislativos coordinados que busquen organizar la sociedad por un periodo indefinido en el futuro. Sus clasificaciones y sus instituciones son el resultado de siglos de crecimiento, aunque no hay nada irrevocablemente fijado en ninguna de ellas, pues así como el crecimiento continúa, el derecho cambia, aunque lentamente, para guardar el paso con el tiempo. El *Common Law* es un sistema orgánico y aun cuando no podamos seguir creyendo que existe independientemente de las decisiones de los tribunales en las que se ha originado, debemos reconocer que el cuerpo en conjunto de las miríadas de sentencias que declaran el derecho, ha sido y es, y también continuará siendo, algo distinto y más grande que la mera suma de sus partes individuales.

Hace cincuenta años un artículo como el presente hubiera podido terminar felizmente con una nota de confianza en el *Common Law*, aun cuando ya entonces el derecho legislado hubiera alcanzado un papel mucho mayor en el desenvolvimiento del derecho. Hoy día es aún más cierto que la gran mayoría de abogados en los países del mundo del *Common Law* continúan pensando en favor del método casuístico como la fuente básica del derecho; pero también es generalmente aceptado que en esta era de la búsqueda del bienestar, de rápidos avances tecnológicos, hay una creciente tendencia hacia una sociedad igualitaria y hacia una preocupación por los aspectos sociales del derecho, en donde el *Common Law* por sí solo no es suficiente.

Sin duda los cambios que han ocurrido en la sociedad son en mayor medida los que conducen al sentimiento de que el proceso de desarrollo a través de la jurisprudencia no puede por sí mismo tener éxito en conservar el derecho de acuerdo con las necesidades contemporáneas; pero parece ser que esto ha sido por lo menos alentado por el cambio en los

²⁴ Sin embargo, estas acciones reales que hablando en términos generales eran solamente procedentes respecto de derechos sobre la tierra, dieron lugar a la expresión de "propiedad inmueble" que sobrevive como de uso común y corriente.

²⁵ En contraste con la propiedad inmueble, la expresión inglesa que corresponde en contrario es la de "bienes personales" *personal property* que es una especie de propiedad a la que no se pueden aplicar las acciones reales. Es aproximadamente, pero sólo aproximadamente, equivalente a "bienes muebles".

marcos de la educación jurídica. La enseñanza tradicional de la profesión jurídica ha sido hasta ahora mediante un sistema de aprendizaje conforme al que un joven aprendía el derecho de un postulante establecido, tanto en la profesión de procurador (*barrister*) como en la de abogado (*solicitor*)²⁶ y que los jueces son y siempre han sido nombrados de entre los postulantes.²⁷ Nunca ha sido necesaria preparación universitaria como condición para el ejercicio de la profesión legal, y no fue sino hasta 1756 cuando se ha venido enseñando el derecho inglés regularmente en las universidades del Reino.²⁸ Aún más: sólo hasta fecha muy reciente, a pesar de que muchos postulantes poseían grados universitarios, éstos lo eran en materias diferentes del derecho. Ahora, sin embargo, la enseñanza jurídica florece en las universidades y la mayoría de los que cruzan los umbrales de la profesión jurídica han estudiado derecho en una universidad. Hay muchos abogados académicos de tiempo completo dedicados a la investigación y a las diversas categorías jurídicas; resultado de ello ha sido producir un movimiento hacia la reforma del derecho por medio de legislación, con las oportunidades que ese método de cambio jurídico parece ofrecer para un progreso planeado preferentemente sobre la confianza sobre la oportunidad de los litigantes en un negocio que tenga importantes consecuencias en el derecho, para escoger llevarlo por apelación a los tribunales superiores.

Sea esto como fuere, desde el siglo XIX ha habido un continuo e incesante crecimiento vigoroso hacia la legislación, no solamente para acelerar el proceso de desarrollo del *Common Law*, sino también para crear nuevos y completos cambios del derecho que hubieran apenas podido ser concebidos por un abogado tradicionalista del *Common Law* del pasado. De paso se ha mencionado el lugar de la legislación en el *Common Law* moderno;²⁹ mas un elemento nuevo se vislumbra que está siendo expresado por quien dijo que la era de desarrollo del *Common Law* mismo ha terminado, en las siguientes palabras:

²⁶ En Inglaterra, aunque no sea así en la mayoría de otros países del *Common Law*, la profesión de abogado se divide entre estas dos clases de postulantes cuyas funciones son diferentes. Por lo general, los *barristers* o postulantes se ocupan de dirigir los negocios ante los tribunales y los procuradores, *solicitors*, de los trabajos preparatorios y de aquellos otros trabajos que no están conectados con el litigio en ninguna forma.

²⁷ En los Estados Unidos de América, ocasionalmente son nombrados jueces los profesores de derecho; el más famoso de ellos ha sido Felix Frankfurter, quien siendo profesor en la Facultad de Derecho de Harvard, fue posteriormente ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

²⁸ Ver en la primera parte de este trabajo la nota 12.

²⁹ Véanse párrafos anteriores.

“Dudo si los jueces, por propio motivo, contribuirán ahora mucho más al desarrollo del derecho. La ley escrita es un instrumento más poderoso y flexible para la alteración del derecho que cualquier otro que un juez pueda esgrimir; ³⁰ aquellos de nosotros que admiramos el *Common Law*, con su desarrollo lleno de precauciones de un caso al otro, se rehusarían a estar de acuerdo con la primera parte de esta declaración y pueden apoyarse en el hecho de que su autor, como juez distinguido que lo era, haya hecho dentro de un tiempo corto a partir de su publicación, notables contribuciones para el progreso del *Common Law* ³¹ dentro de su categoría en la judicatura.”

Sin embargo, no puede haber duda de que el papel representado por la legislación ha aumentado enormemente en años recientes, y que continuará aumentando en el futuro, hasta donde es posible verlo.

Un notable avance ha sido la creación en Inglaterra en 1965, por resolución del Parlamento, de una “comisión jurídica” cuyo propósito es “la promoción de reformas jurídicas”. ³² El resultado de sus trabajos tendrá indudablemente el carácter de reforma legislativa y no un cambio por resoluciones judiciales. La ley del Parlamento que creó la comisión contiene una sugestión para que el derecho, o por lo menos algunas de sus ramas, pueda ser reformulado en el curso del tiempo bajo la forma de códigos. Lo que pueda acontecer en esta materia sólo el futuro lo podrá decir; pero puede hacerse una predicción confiadamente: si se realiza la codificación, la interpretación casuística del *Common Law* se aplicará a la hermenéutica de los códigos, tal como se aplicó en el pasado a la interpretación de “las costumbres inmemoriales del reino”. La tradición de siete siglos en el método jurídico no podrá ser fácilmente abandonada. Si algún día se llega a expedir, el código establecerá un nuevo punto de partida hacia el futuro; pero los progresos en la interpretación y la aplicación de tal código continuarán siendo logrados a través de las decisiones judiciales y no por medio de comentarios doctrinales, como es la práctica en los derechos romanistas. Habrá siempre construido, tal como lo está ya respecto de muchas de nuestras leyes escritas y estatutos, un cuerpo de derecho jurisprudencial hacia el que los juristas volverán los ojos en busca de solución a sus problemas. Después de todo, esta ha sido la

³⁰ Devlin, *Samples of Lawmaking*, London, 1961, p. 23.

³¹ Véanse los trabajos de Lord Devlin, en *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (1964) A. C. 465 y en *Rookes v. Barnard* (1964) A. C. 1129.

³² Existen comisiones semejantes en otros países del *Common Law* inglés como en Nueva York y en Nueva Gales del sur, en Australia. La ley inglesa ha creado una comisión jurídica separadamente para Escocia.

experiencia en los sistemas jurídicos romanistas, en los que el papel de la jurisprudencia de los tribunales constantemente se acrecienta; y no sería concebible que tal papel fuera a ser abandonado en los sistemas del *Common Law*.

J. A. JOLOWICZ

Traducción de Roberto MOLINA PASQUEL