

## 1. RESUMEN

El Common Law o Derecho de la jurisprudencia, es un término usado para referirse al grupo de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia, que son fundamento ineludible del Derecho de los países anglosajones. El nombre deriva de la concepción del Derecho medieval inglés que, al ser administrado por los tribunales del reino, reflejaba las costumbres comunes (del inglés, common) en él imperantes o vigentes. Este sistema legal rige en Inglaterra y en todos los países que, como Canadá o Estados Unidos, fueron colonias británicas.

## 2. INTRODUCCIÓN

Al iniciar el estudio de la familia jurídica del COMMON LAW, es necesario estudiar paralelamente el derecho inglés que fue el que sentó sus bases. Más que ningún otro derecho, el derecho inglés, es un espejo del acontecer histórico del país. El sistema Legal de Inglaterra ha sido configurado a lo largo del tiempo gracias a la confluencia de distintos elementos; en particular las diversas fuentes jurídicas, que reflejan las distintas ideologías, doctrinas, instituciones y una manera específica de pensar, todo lo cual constituye lo que se puede llamar la tradición inglesa.

## **3. MARCO METODOLÓGICO**

### **3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La primera interrogante que se plantea un jurista, frente a los problemas de derecho, es situarla en la categoría del derecho de donde proviene el planteamiento. Las siguientes interrogantes responden a este planteamiento:

¿Se trata del derecho penal, del derecho de bienes, del derecho de los contratos, del derecho del trabajo o del derecho de sociedades?

Identificar la disciplina en la que debe ser analizado el planteamiento primario es primordial para el jurista, ya que finalmente se trata de determinar si tiene o no la formación necesaria para resolverla.

Desde tiempos inmemorables los juristas se han especializado en disciplinas específicas del derecho nacional: es en esta forma, cómo una distinción se ha operado tradicionalmente entre privatistas y publicistas, entre civilistas, mercantilistas y penalistas. La complejidad del derecho moderno ha obligado a los juristas a especializarse aún más en nuestros días: el mismo jurista se siente incapaz de aconsejar correctamente a su cliente, y de dirigir eventualmente un proceso en materias tan diversas como el derecho de la propiedad literaria, el derecho de insolvencias mercantiles, el derecho penal, el derecho familiar o el derecho fiscal. Cada disciplina del derecho que llegue a interesar a diferentes especialistas, posee una literatura propia que sólo conocen bien los especialistas; los de más juristas conservan conocimientos generales respecto de estas disciplinas, que pudieran resultar más o menos obsoletos debido a la inevitable evolución de las ideas y del derecho.

### **3.2. OBJETIVOS**

### **3.2.1. OBJETIVO GENERAL**

Obtener un pleno entendimiento del sistema jurídico denominado “Common Law”

### **3.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

Comprender del sistema jurídico Common Law:

- Historia
- Orígenes
- Concepto
- Fuente principal del derecho Common Law
- Naturaleza y justificación del sistema
- Inconvenientes del Common Law
- Ventajas del Common Law
- Situación actual del Common Law
- El Common Law en Bolivia

## **4. DELIMITACIÓN**

### **4.1. SUSTANTIVA**

Factores distintivos del sistema a nivel jurídico, sus orígenes, sus fuentes, características y su impacto en el mundo entero, incluyendo lugares donde el sistema Common Law, no es el principal de su sistema jurídico y su impacto en el sistema jurídico boliviano.

### **4.2. GEOGRÁFICA**

Continentes y países donde se aplica el sistema jurídico “Common Law”

### **4.3. TEMPORAL**

Del tema de estudio.- Abarcamos el contexto histórico que envuelve al sistema Common Law, desde sus inicios históricos y su expansión y adopción por distintos países hasta la actualidad.

De realización del trabajo de investigación.- El presente trabajo se ha realizado con el aporte de los miembros del grupo a través de visitas a la universidad Autónoma Gabriel René Moreno y búsquedas en línea en un intervalo de tiempo que se puede mencionar desde el 9 al 26 de julio del año 2012.

## **5. METODOLOGÍA**

Los Métodos que se usaron para realizar este trabajo de investigación son el de Síntesis y el de Análisis, puesto que se buscó la bibliografía específica para este tema.

### **5.1. ANALISIS DESCRIPTIVO**

En el proceso de investigación describe las características, las ventajas y desventajas del sistema Common Law

## **6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

Las técnicas usadas en la presente investigación fueron: recopilación y análisis de material extraídos de; libros, monografías, artículos y comentarios de diferentes autores y diferentes páginas de internet principalmente.

# **7. MARCO REFERENCIAL**

## **7.1. MARCO CONCEPTUAL**

**SISTEMA JURIDICO** .- El sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de las instancias encargadas de la aplicación de reglas de Derecho, así como los servicios que emanan de ellas. El sistema jurídico comprende así el aparato jurisdiccional, pero también el aparato no jurisdiccional.

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

**LA LEY**.- toda norma jurídica, principalmente codificada, reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicables en determinado tiempo y lugar, emanado de una autoridad competente y de aplicación obligatoria y coercible.

**DOCTRINA.-** Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas.

**COSTUMBRE.-** Entendida como la forma de actuar uniforme e ininterrumpida que por un periodo largo de tiempo ha cumplido la sociedad, con la convicción de que esa forma de actuar es obligatoria y configura una ley

**PRECEDENTE.-** Aplicado a un hecho anterior, en el caso del sistema jurídico Common Law se refiere a las decisiones de los jueces, que de manera anterior emitieron juicio en casos similares a un caso actual, de este modo el criterio anterior se convierte en vinculante y obligatorio para cuestiones similares en el futuro.

## 7.2. MARCO HISTÓRICO

Se pueden reconocer en la historia del derecho inglés cuatro periodos principales.

- El primero es el periodo anterior a la conquista normanda de 1066.
- El segundo, va de 1066 al advenimiento de la dinastía de los Tudores (1485), el periodo de la formación del *common law*, en la cual un sistema de derecho nuevo, común a todo el reino, se desarrolla y substituye a las costumbres locales.
- El tercer periodo, de 1485 a 1832, está principalmente marcado por el desarrollo, paralelamente al *common law*, de un sistema complementario y ocasionalmente rival, que se manifiesta en las “reglas de equity”.
- El cuarto periodo, que empieza en 1832 y que continua en la actualidad, es el periodo moderno en el cual el *common law* debe afrontar un desarrollo sin precedente de la ley, acomodarse a una sociedad cada vez más dirigida por la administración y confrontarse constantemente con el derecho continental y europeo.

## 7.3. MARCO TEÓRICO

**Common Law.-** Sistema de derecho de origen anglosajón, caracterizado por ser un conjunto de normas creadas por jueces mediante un sistema inductivo basado en precedentes judiciales.

Nota sobre traducción: • No es correcto traducir “Common Law” con el término “derecho común”, pues este último término se utiliza en el otro sistema de derecho principal, el civilista o europeo continental, para referirse al conjunto de normas que versan sobre temas generales. Tampoco es correcto traducirlo como “derecho consuetudinario”, pues este término se utiliza para referirse al derecho que emana de la tradición social, mientras que el “Common Law”, aunque emana de precedentes judiciales que no necesariamente constituyen una tradición social. Por tal razón, a nivel coloquial se suele utilizar el propio término “Common Law”, mientras que a un nivel más formal se utilizan términos como “derecho anglosajón” o “derecho de origen anglosajón”. No obstante, una opinión reciente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Pueblo v. Díaz de León, 2009 TSPR 165, expresó que “referirse al derecho de origen inglés como anglosajón equivale a llamarle también al derecho puertorriqueño contemporáneo”, al tiempo que utilizó, como sustitución, la frase “derecho de origen inglés o al de los países angloparlantes”

## 8. TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

## 8.1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 8.1.1. ORIGENES

Aunque tradicionalmente uno se refiera al derecho anglosajón de esta época usando el singular, creemos conveniente hacer notar que fueron varios los pueblos que se asentaron en Inglaterra a la salida de los romanos, por ello no encontramos un derecho anglosajón único, ya que en estos momentos, así como no hubo una unidad política, tampoco existió una unidad jurídica. En territorio se encontraba dividido en regiones o áreas tribales, independientes unas de las otras, pobladas por diferentes grupos étnicos, pueblos bárbaros de origen germánico, entre los que llegaron sajones, anglos, jutos y daneses. Cada uno tenía su propio derecho, formado por leyes de carácter consuetudinario, y aunque entre estos derechos existieron rasgos comunes, también existieron discrepancias. Las primeras leyes sajonas han llegado hasta nuestros días en forma fragmentaria, por ello, es recomendable que para su estudio se recurra a las interpretaciones que de ellas se hicieron más tarde, después de la invasión normanda. Siguiendo al autor inglés William Holdsworth, podemos clasificarla en tres grupos. El primero abarca un periodo que va desde el año 596 al de 696, y está formado por las leyes de los reyes de Kent: Edelberto y sus sucesores. Al igual que las demás leyes anglosajonas, las leyes de Kent, se limitaron a codificar en forma esquemática el derecho consuetudinario del grupo, subsistiendo en gran parte, la costumbre no escrita, como derecho aplicable, costumbre que era declarada por los tribunales del lugar cuando lo consideraban necesario. El segundo grupo lo integran las leyes de los sajones occidentales. Las primeras fueron las del rey Ine, del año 688. De este grupo las más importantes datan de 890, y se le atribuyen a Alfredo el Grande, quien hizo una selección y compiló las leyes de sus antecesores. Luego hay que agregar las de Eduardo el Viejo en 901, para terminar con las leyes de Eduardo el Confesor, que fueron compiladas después de la conquista normanda. Finalmente, el tercer grupo, del año 1035, lo integran las leyes de Canuto, rey de Inglaterra y Dinamarca, quien promulgó un código, que comprendía en su aplicación, tanto a sajones como daneses. Se le consideraba como el último gran legislador de este periodo, tan es así que después de la conquista normanda aparecieron dos versiones distintas de sus leyes, traducidas al latín. Como acabamos de ver, de los cuerpos legales mencionados, las leyes de Edelberto, son las más antiguas, ya que aparecieron un siglo antes que las demás. Holdsworth, nos explica que lo anterior probablemente obedezca a la circunstancia de que después de las invasiones sajonas, el



reino de Kent fue el primero en establecer contacto con el Continente, ya que Edelberto se caso con Bertha, hija de un rey franco, quien además siendo cristiana debe haber influido en su esposo para que apoyara la misión de san Agustín de Canterbury, y así Kent, también fue también el primer reino inglés en convertirse de nueva cuenta al cristianismo. Al igual que las leyes bárbaras del Continente, las de Inglaterra, por lo general, siguieron en su aplicación el principio de la personalidad del derecho; principio, que como ya sabemos, fue sustituido al final por el de territorialidad, lo cual hace pensar que probablemente, los anglosajones estaban a punto de constituir una entidad nacional al tiempo de la llegada de los normandos.

## **8.2. HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS**

Estos hechos históricos serán analizados, dentro de un englobamiento de cuatro etapas, también denominadas partes.

Debe advertirse primeramente, que el common law inglés, no tiene como ámbito de aplicación a toda la Gran Bretaña, ni exclusivamente sólo a una parte de ésta, pues, en efecto, de la Gran Bretaña solamente se abarca el common law a la parte propiamente inglesa, suprimiendo en consecuencia de su ámbito, la parte norte de la isla; sólo se aplica además en la sección norte de Irlanda y queda en consecuencia excluida Escocia y la Isla de Man. Este common law no tiene su campo únicamente en Inglaterra, pues obviamente se ha extendido primero a Estados Unidos y enseguida a Canadá, a la India ya Australia. René David señala que no sólo ha sido Inglaterra su cuna, sino que todavía sigue siendo el Derecho inglés su modelo.

Ordinariamente se habla de cuatro períodos en la historia del Derecho en Inglaterra, siendo el primero el que se denomina con acierto, la etapa anglosajona. El segundo se refiere a la conquista normanda y al nacimiento del common law (1066 al 1432); la tercera etapa suele denominarse del apogeo del common law y del nacimiento de la equity y finalmente la última etapa abarca lo que se llama el Derecho inglés contemporáneo, esto es de 1873 a la fecha.

### **8.2.1. PRIMERA ÉPOCA.**

#### **ÉPOCA ANGLOSAJONA**

Este período abarca desde la prehistoria, hasta la conquista normanda del siglo XI. Puede con justicia, denominarse época anglosajona y, comprende a más de las invasiones que sufrió la isla dando lugar a la formación de siete reinos (septocracia), la influencia de Roma que de hecho es militar y finalmente el desarrollo de un Derecho, que podríamos calificar de feudal.

La isla tuvo diversas invasiones, entre las cuales se cuenta desde luego la más antigua, la de los celtas, que se mantuvo como sustrato.

A esta invasión, la siguieron la de los anglos, hutos y sajones. Formáronse entonces siete reinos: Kent, Sussex, Essex, Wessex, East Anglia, Northumbria y Mercia.

La penetración romana dura cuatro siglos, a partir de Claudio, en el siglo I hasta el siglo v, abarcando la conversión al cristianismo de los anglosajones en la época de San Agustín de Canterbury, fuera ya de la influencia romana, en el año de 596.

Como en el resto de Europa, la cristianización dio nacimiento a las primeras producciones jurídicas escritas. Así asistimos a la formación de las Leyes de Edilberto, rey de Kent hacia el año 600; las elaboradas cuatro siglos más tarde, por el rey danés Canuto, en la primera mitad del siglo XI. La importancia que tiene esta última producción, se advierte porque el Derecho deja de ser un *ius personarum*, para convertirse en una ley territorial.

## **8.2.2. SEGUNDA ÉPOCA**

### **NACIMIENTO DEL COMMON LAW Y SU DESARROLLO INICIAL**

El segundo período comprende el nacimiento del common law y su desarrollo inicial. Acaeció que en el año de 1066, un rey normando recibe por las Leyes Sáficas, el reinado de Inglaterra. Este rey fue Guillermo el Conquistador, que como heredero de la tradición francesa, ignoraba las costumbres inglesas y desconocía el idioma del pueblo que iba a reinar.

Guillermo el Conquistador, tuvo una triple idea genial siendo la primera, la formación de un Consejo que le ayudase a gobernar. Este Consejo recibió el nombre de Curia agis.

La idea responde a una profunda concepción de la filosofía medieval. La realización de un acto de voluntad, exige la deliberación por Consejo. El monarca se rodeó de un conjunto de hombres eminentes, que versados en el conocimiento de la manera de ser de los anglosajones, le aconsejasen con buen acierto.

La segunda concepción es todavía más importante, pues el rey Guillermo decide averiguar cuál es la *commune lay*, expresión francesa que después fue traducida al inglés como *common law*. Para averiguar la verdad de la manera de ser de anglos y sajones, ideó la formación de tribunales que buscan en cada caso concreto, cuál era esa *commune lay*. Los procesos deben ventilarse ante doce vecinos del reino, que sean los iguales de las partes que se están juzgando y con esto se da nacimiento al juicio por jurado.

La conquista normanda todavía tuvo un tercer acierto y éste consiste en que la distribución de la tierra y el reconocimiento de las propiedades no constituyó un feudo, de manera que no pudo surgir del reconocimiento de la tierra, un baronazgo que pudiese rivalizar con el poderío del rey. A partir del año 1086, el *Homes Day* hace referencia a la distribución de los quince mil dominios que reciben el nombre de *manors* y que queda definida como *house, dwelling, seat or residence* (casa, morada o residencia).

Esta distribución implica un carácter militar organizado y así el sistema feudal inglés, no permite que el barón rivalice en poderío con el monarca.

La influencia del conquistador normando, hace que las primeras producciones jurídicas sean en dialecto normando, y que, para la denominación de los conceptos jurídicos fundamentales se utilice el lenguaje latino (*Law French and Latin Language*), de aquí resulta una definición del *common law*, pues podríamos decir que la *commune lay* o *common law*, es el Derecho común de toda Inglaterra opuesta a las costumbres locales de cada reino (mas no el derecho común del sistema europeo).

Los tribunales feudales reciben el nombre de *County Courts* o *Hundred Cort* (*hundred* es una subdivisión del condado) que aplicaba las costumbres locales y que decidía de acuerdo con estas costumbres, cuál de las partes debería establecer la bien fundado de sus obligaciones, sometiéndole a un medio de prueba francamente arcaico. Este medio de prueba, comprendía lo que se llamaron los Juicios de Dios, que fundamentalmente eran tres.

El Juicio por Juramento, o *Trial by Oath*, donde los litigantes presentaban un enorme grupo de personas para dar fe de los hechos; no había sanción para quien declarara falsamente y por consecuencia, triunfaba el que era avalado por el mayor número de vecinos.

El segundo método era el Juicio por Ordalías, o *Trial by Ordeal*, donde el demandado era arrojado a un pozo de agua atado de pies y manos si se hundía era inocente, si flotaba era

culpable; otra forma dentro de esta especie, era obligar a caminar descalzo sobre brazas, si sanaba era inocente.

La tercera forma era el Juicio por Duelo, lhal by Battle, la controversia se resolvía en un duelo.

Los tribunales de la jurisdicción señorial, aplicaron así mismo, un derecho consuetudinario que variaba según la localidad. En los negocios eclesiásticos, se aplicaba el Derecho canónico.

La formación del Common Law, como Derecho común de toda Inglaterra, significa la terminación de los tradicionales Juicios de Dios.

### **a) Las formas de acción**

La acción se iniciaba mediante un writ, que era una supplica al monarca, para que intercediera en el negocio y se tenía que convencer que el asunto era de tal importancia, que de otra suerte corría peligro la paz del reino.

La acción es Brevi di Actu o Writ.

En el nacimiento del Common Law, es de gran importancia

El surgimiento del Writ o Action Brevi, que se dirige originalmente al monarca por conducto de su canciller. Esta fórmula de acudir al monarca para pedirle justicia, es propia de todo el Medioevo de Europa.

Precisamente la designación de los reyes en las distintas partes de Europa, tienen por objeto que éstos, fundamentalmente, se encargasen de la justicia de su reino.

En España San Isidoro de Sevilla en sus Etimologías, dice que la palabra Rey viene de rectae, y añade: Rex eris si rectae iacias, si non iacias non eris. Al rey se acude en calidad de empa-ramentum, buscando la protección de la justicia frente a los errores e injusticias que cometen los tribunales feudales. Por eso se dice que al monarca se acude, en calidad de amparo. No es pues extraño que a partir del siglo XI, se desarrollará la petición de justicia en Inglaterra, frente al monarca. La Asamblea de Hombres Libres denominada, County Court o Hundred Court, aplica las costumbres locales. El monarca inglés buscó un Derecho común o Common Law.

Por eso para acudir a la alta justicia, es necesario demostrar que se trata de un caso excepcional, que de no resolverse, pone en peligro la paz del reino.

En el desarrollo de esta alta jurisdicción en Inglaterra, pueden distinguirse quizás, hasta cuatro sube tapas:

- ✓ En principio se acude al tribunal en forma excepcional; no estamos en presencia de una jurisdicción ordinaria, es un tribunal de los grandes personajes y de las grandes causas.

- ✓ Enseguida, en una segunda subetapa, asistimos a la independencia de estos tribunales, frente al poder del rey.

El fenómeno acontece a la misma vez que el Consejo de Monarca o Curia Regis se independiza, y forma un organismo que más tarde será denominado Parlamento.

Esta independencia de los tribunales reales, sucedió cuando los mismos fueron colocados en lugar concreto, la abadía de Westminster. Recuérdese que los monarcas medievales, no tenían un lugar fijo, sino que eran itinerantes. En la obra de Macbeth, el monarca iba de visita al castillo de un señor feudal, cuando acontece su asesinato.

El avance se logra, cuando los tribunales son colocados en un lugar fijo.

- ✓ En el tercer período, nos encontramos con que estos tribunales de Westminster se especializan constituyendo tres, a saber: el Tribunal de las Causas de Hacienda, denominado Exchequer; el Tribunal de las Causas Comunes o Common Pleas y finalmente el Tribunal de la Materia Penal o Banco del Rey, King's Bench pero, más tarde esta distinción desaparece y los tres tribunales conocen indistintamente de todas las materias.

Finalmente, el máximo desarrollo de estos tribunales, sucede cuando al aceptarse que el tribunal inicie la causa con un juramento, posibilidad que se da solamente al monarca o al Papa, se suprime el antiguo procedimiento arcaico y se da nacimiento a un procedimiento moderno con amplia recepción de pruebas y oyendo a las partes. Esto es lo que se llamaría, el debido proceso del common law (Due Process of Law).

- ✓ En esta cuarta etapa los writs no son arriba de cincuenta y seis ya mediados del siglo XIX no pasan de setenta y dos, puesto que los señores feudales, exigen que los writs se limiten 12. Aun cuando hubo una limitación, como veremos en el siguiente apartado, los writs se aplicaron a causas análogas (writs in consimili causa) y el máximo desarrollo lo tuvo cuando se acepta, la actio in rem, que consiste en que el actor en un acto introductorio de instancia, llamado declaration, expone al

detalle las circunstancias del caso ( case) y solicita a los jueces reales que en consideración a estas circunstancias, conozcan del litigio.

Las nuevas acciones por eso denominadas, *actio super causam* o *action on the cases* tuvieron un amplio desarrollo, abarcando las siguientes: la *assumpsit* que es definida como la promesa o compromiso por el cual una persona hace suyo el deber de realizar algún acto, para algo a otro; el *deceit* que se usa en contra de los actos fraudulentos, engaños o desfiguros que ha realizado una parte en contra del actor para conducirlo al engaño; el *trover*, que también es denominado *trover and conversion*, que es usada para recuperar los bienes muebles que una persona indebidamente detenta en nuestra contra y finalmente, la *negligence* que, se estima como la omisión de hacer algo que una persona razonable, prudente y cuidadosa efectuaría a favor de otra, en atención de la palabra dada.

Este desarrollo se ve interrumpido con la celebración de dos concilios, habidos en el siglo XIII, la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215 y el Segundo Concilio de Westminster de 1285.

La segunda parte de la historia del Derecho inglés, se inicia en el año de 1066, fecha en la que un rey normando invade Inglaterra. La sucesión del rey en Inglaterra no era necesariamente hereditaria o por elección.

A la muerte de Harold Godwinson el último sajón de Inglaterra, intervino el duque de Normandía alegando que la reina Emma, madre del rey Eduardo, "El Confesor", era su tía y por consecuencia le correspondía el trono de Inglaterra.

Guillermo ordena la construcción de barcos e invade Inglaterra. En la batalla de Hastings es derrotado otro pretendiente al trono, el duque de Harold.

Finalmente Guillermo el Conquistador fue coronado en la abadía de Westminster en las navidades del año de 1066.

Probablemente la superioridad del duque de Normandía sobre Harold se debió a que Enrique I el rey de Francia, hasta el año de 1060 estuvo en constante lucha con el duque Guillermo de Normandía.

A la llegada del rey normando, Inglaterra fue subdividida, para mantener en paz a los señores feudales. El rey Guillermo introdujo el feudalismo en Inglaterra otorgando a los señores parcelas de tierra a efecto de que las ordenasen trabajar. Estas parcelas recibieron el nombre de manors.

A cambio de la entrega de estas posesiones exigió Guillermo el pago de impuestos o geld. El impuesto general era de acuerdo al monto de las tierras cultivables en cada villa o grupo de villas.

De este modo mantuvo la unidad del reino, pues si los señores feudales no le obedecían les retiraba la posesión de las tierras. Los señores feudales quedaban garantizados en su posesión mientras cultivasen la tierra y pagasen los impuestos respectivos.

Para llegar a esta unidad el rey Guillermo el Conquistador, ignorante del idioma inglés llega a solicitar el consejo de los señores feudales, de este modo desde su inicio, apunta lo que más tarde será el gobierno de Inglaterra o sea un Consejo entre Señores. Este Consejo recibió el nombre de Curia Regís. Obviamente al preguntar a los propios interesados cuál era la solución de mejor convivencia, está formulando una cuestión común, es decir una commune lay, el idioma era el francés, los señores ingleses al traducirlo a su propia lengua le denominaron el Common Law. El origen del Derecho inglés, es en consecuencia, un acuerdo entre señores feudales que después de haber sido oídos y reconocidos en sus prerrogativas convinieron en una fórmula jurídica para poder subsistir.

La Curia Regís se transforma en parlamento cuando necesariamente tiene que ser oída para dos cuestiones fundamentales: Para saber quién debe ser el sucesor del reino y para imponer impuestos. Esto será recogido en la Carta Magna de Juan sin Tierra del 6 de enero de 1213.

De todo lo anterior, se desprende que como hemos dicho, tres son los aciertos de Guillermo el Conquistador, siendo el primero la distribución de la tierra que se sujeta a la lealtad del señor feudal, y al pago de un impuesto respectivo, el segundo la elaboración de una commune lay en dialecto normando y si bien en un principio se discute su aplicación, a partir del reinado de Eduardo I que gobernó entre los años 1272 al 1307 impuso la lengua francesa como la única hablada por los juristas en Inglaterra.

Los antiguos County Court o la subdivisión del condado, denominada Hundred Court aplicaron la costumbre local llegando a las soluciones mediante sentencias de prueba que no eran muy racionales.

El County Court corresponde a las tierras de solariego, es decir, tierras de los señores en donde tienen éstos la jurisdicción en primera instancia. Existían, además, jurisdicciones propias de la Iglesia que correspondían a lo que en Europa continental, serían tierras de abadengo, y éstas aplicarían el Derecho canónico.

La tercera ventaja del rey normando fue que al buscar un derecho común no se sujetó ni a las costumbres señoriales ni al canonismo de la Iglesia.

En un principio el realengo, es decir, la jurisdicción del monarca se limitaba a la "alta justicia". Esta jurisdicción del realengo continuó aplicándose en la época del rey normando para conocer casos excepcionales, pero el litigante tenía que probar que la resolución de su caso era importante para la paz del reino que se veía amenazada. La asamblea de los señores que aconsejaban al monarca, o sea, la Curia Regís, no se limitó a proteger a los grandes del reino sino que admitió el análisis de las causas que tienen importancia excepcional.

Colocados en su sede, los tribunales tuvieron el conocimiento de tres categorías de causas, la Hacienda real, la propiedad territorial y posesión de inmuebles y los asuntos penales. La denominación de estos tres tribunales fue la de Exchequer, Common Pleas y King's Bench. Sus decisiones lograron una mayor autoridad que las resoluciones de los señores feudales por su grado de imparcialidad y porque intentaron la resolución de problemas, que afectaban la paz del reino.

Como los tribunales sólo buscaban las soluciones procesales, no importó para ellos la definición de las instituciones, era más importante obtener el mecanismo procesal, destinado a conseguir la decisión.

Finalmente los tribunales reales tuvieron un gran éxito, porque al modernizarse en materia procesal, actualizaron el proceso, iniciándolo con un juramento ante la Biblia y ventilándole con la recepción de las pruebas de los hechos, ante un jurado. Las pruebas de ordalías quedaron atrás.

Para acudir a los tribunales del monarca, había que solicitar la emisión de un writ.

"El writ fue definido, como una orden dirigida hacia una Corte, exigiendo el cumplimiento o actos específicos u otorgando autoridad para hacerlo." En el antiguo Derecho inglés, el writ es un instrumento en forma de carta. Una carta o cartas de un profesional. Al solicitarse el writ es usado como equivalente al término "acción"; las acciones fueron clasificadas en reales, personales y mixtas.

En resumen, el que pedía justicia al rey, tenía que dirigirse al gran oficial de la Corona, el canciller, solicitándole expidiera un writ a los tribunales de Westminster, obviamente, el solicitante debía pagar derechos a la Corona, y no eran solamente peticiones, sino también quejas.



## **b) Los concilios**

Los reyes no fueron tan poderosos, como más tarde los señores en la época moderna, por esa razón los tribunales del rey no emitieron numerosos writs, pues de hecho, los señores feudales limitaron la intervención del monarca a través de diversos compromisos o "concilios de nuestro reino" ( Concilium Regni Nostri). Dos son los compromisos más importantes habidos entre señores feudales y monarcas, siendo el primero el de enero de 1215, que fue arrancado al rey Juan sin Tierra y que se conoce con el nombre de Carta Magna, y el Statute of Westminster the Second ( el Segundo Estatuto de Westminster) de 1285. Coke dice que este segundo concilio "se había propuesto poner fin a los progresos realizados por los tribunales reales de justicia mediante la conclusión de un acuerdo entre el rey y los barones para conservar el status quo: los tribunales reales continuarían conociendo las materias ya señaladas mas no solicitarían ampliar dicha competencia; no se crearía ningún writ nuevo salvo por autoridad del Parlamento".

Es obvio que era demasiado tarde para poner límites al prestigio de los tribunales reales y en consecuencia éstos desarrollaron los writs utilizando la analogía y extendiéndolo mediante la actio on the case.

## **c) Los avances de la Carta Magna por el rey Juan**

El documento fue denominado Concilium Regni Nostri y tiene un proemio y cincuenta y ocho artículos con una conclusión.

En primer término el documento dice consagrar una Iglesia de Inglaterra que "sea libre, y conserve todos sus derechos y no menoscabe sus libertades..." y luego enseguida dice "otorgar libertad de elecciones en la Iglesia de Inglaterra", lo que significó que el documento considera a la Iglesia como un señorío feudal en lo que se refiere a su aspecto temporal. Los artículos seis y doce, establecieron la simiente de un desarrollo parlamentario, pues el primero regula que el matrimonio debe celebrarse entre personas de la misma categoría, señalando además en los artículos siete y ocho, que aunque la viuda entre en posesión de la dote no podrá ser obligada a contraer matrimonio mientras no lo desee, y el artículo doce, dice que "no se impondrá en nuestro reino ningún auxilio ni impuesto por servicio de armas sin el Consejo Común de Nuestro Reino...".

Por otro lado otorga a los hombres libres los mismos derechos que gozaba la aristocracia, o sea, no se le podrá imponer un castigo, "sino mediante juramento de hombres buenos de la vecindad", dando base al desarrollo del Common Law.

En este orden de ideas, es más específico el artículo treinta y siete: "ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país".

Los artículos treinta y nueve y cuarenta, establecen las bases para el desarrollo de la burguesía, pues se indica que todos los comerciantes podrán salir, entrar, permanecer y viajar por Inglaterra sanos y salvos, ya sea por tierra y por mar, autorizándolos para realizar sus operaciones y poniéndolas como límites solamente en casos de ser extranjeros que en sus países de origen igualmente sean respetados los súbditos ingleses, y que toda persona podrá salir del reino y volver a él por tierra y por mar excepto en el caso de guerra.

#### **d) Clasificación histórica de las acciones en el Common Law**

Debemos distinguir la clasificación primitiva y la clasificación de la baja Edad Media.

Dentro de la primera, como hemos dicho, cabe distinguir tres clases de acciones, las reales, personales y mixtas; todavía las acciones personales pueden clasificarse en *ex contractu* y *ex delicto*.

Como se ve, esta clasificación reproduce las que comúnmente se enseñaban en las institutas de Derecho romano, aun cuando al recogerse no se siguiese la costumbre romanista de definir las instituciones. Los ingleses fueron ajenos a la definición de las mismas, sin embargo, las aceptan.

En la baja Edad Media, siglos XII al XV, podríamos, haciendo un intento de clasificación, agrupar las clases de acciones del Common Law en tres grupos: las referentes a la propiedad, dominio de bienes o posesión de bienes inmuebles; las que estaban destinadas a reclamar daños y perjuicios y las acciones que reclamaban el pago de una suma de dinero por concepto de deudas y obligaciones contractuales.

Las referentes a la propiedad deben distinguirse entre las relativas a la propiedad inmueble (*real property*), y las que se conceden para la protección de los bienes muebles (*Personal property*).

En relación con los inmuebles, las acciones inglesas eran de una importancia excepcional, pues tenían por objeto respetar la propiedad que, como hemos visto, estaba destinada a ser explotada.

La época se caracteriza por una ausencia casi total de moneda, es decir, una desmonetización y por consecuencia, era importante obtener una utilidad para el pago de la tierra; el pago de los derechos o geld se satisfacía por los señores feudales, que a su vez obtenían las utilidades por conducto de los siervos. El monarca protegía a aquéllos por medio de los manors o baronys. Los señores pagaban ordenando la construcción de caminos, puentes o edificios públicos; de este modo, la propiedad estaba vinculada íntimamente al trabajo y dio a la organización del feudalismo, un aspecto típicamente militar y armonioso. Las acciones relativas a los muebles, tienen los nombres antiguos de actio of detinue y actio of replevin, en las que el titular del bien mueble por su propia mano detenía o recuperaba la propiedad de sus efectos personales. Las acciones tienen una franca inspiración canónica.

El segundo grupo de writs comprende los destinados a reclamar daños y perjuicios y tenemos a este respecto la siguiente subclasificación:

- 1) Trespass.
- 2) Actio on the case.
- 3) Trover or Trover and Conversion.
- 4) Covenant.
- 5) Special Assumpsit.

Son las más antiguas acciones del Derecho inglés, con las que quizás se desarrolló históricamente.

El writ of trespass, abarcaba los daños entendidos como damnum emergens y los perjuicios clasificados como lucrum cessans, toda la teoría de responsabilidad por daños típica del Derecho inglés tiene su origen en este antiguo writ.

La actio on the case es un desarrollo de los antiguos writs del Derecho inglés y, consistía en relatar los hechos materia de la controversia, para fundamentar la reclamación.

La acción de trover no es más que una aplicación de las acciones de daños, en relación contiene el que nos ha desposeído de nuestros bienes muebles.

Las acciones de reclamación la covenant y la special assumpsit, son un desarrollo combinado con las acciones que forman el tercer grupo, o sea relativa a los contratos y exigen los daños por incumplimiento de los contratos simples.

Finalmente, las primitivas acciones a consagrar la validez de los contratos pueden clasificarse en tres grupos:

- 1) Actio of debt.
- 2) Actio of Account.
- 3) General Assumpsit.

Estos writs tuvieron por objeto exigir la validez de los contratos simples.

Si el contrato había sido solemne y hecho bajo sello ( under sea! ) , la validez era indiscutible, pero si la contratación resultaba de un simple escrito en un principio no tenía valor y por esa razón se creó, la assumpsit que al decir del Black 's Law Dictionary es una "promesa u obligación por la cual una persona asume o emprende hacer un pago a otra, puede ser oral o escrita pero no bajo sello; es expresa si el promitente se obliga en claras y definitivas palabras; e implícita cuando de ella el common law infiere una promesa".

La actio of assumpsit tuvo al decir de René David un desarrollo magistral comprendiendo primero un misfeasans, non feasans para abarcar, respectivamente el incumplimiento en forma distinta a la convenida o la omisión del cumplimiento suspendido por un tiempo superior al razonable.

### **e) Conclusión**

De todo lo cual se desprende el principio fundamental del Derecho inglés, que consiste en sostener que las acciones son anteriores a los derechos, Remedies preced rights, con lo cual se sostiene la íntima vinculación de las formas de acción y del procedimiento, al decir de Maitland: "Los tribunales reales han terminado por obrar como si tuvieran plenitud de jurisdicción, han tenido que admitir justicia en todos los asuntos civiles importantes. Pero han debido hacerlo valiéndose del escaso repertorio de formas procedimentales que había sido constituido poco a poco durante la época en que las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas eran serios competidores de la jurisdicción real." La afirmación de Maitland sostenida en su obra *The forms of actions of common law* se complementa con la afirmación del otro historiador inglés Maine, cuando dice que el Derecho inglés es un producto "segregado por los intersticios del procedimiento", afirmación contenida en la obra *Early law and customs*.

### **f) La filosofía medieval inglesa**

Íntimamente vinculado con el nacimiento y desarrollo del common law, surge el pensamiento filosófico inglés entre otros con un franciscano, creador del método experimental, Roger Bacon, cuyo nacimiento acaece en 1219 y muere en 1294.

Como el sistema del Common Law exige la razón práctica, es decir, se basa en las resoluciones de los casos concretos ante las cortes y no en principios previamente establecidos, es muy probable que esta actitud experimental y práctica del Derecho, conduce al notable filósofo, Roger Bacon a exponer en su *Obras* a Maym; Escrita en 1266-1267 la brillantez de un descubrimiento, la necesidad de que a más del silogismo deductivo, se compruebe la verdad con la experiencia.

El filósofo inglés en la obra que acabamos de mencionar, expresa que cuatro son los mayores impedimentos para alcanzar la verdad que afectan a todos, aun a los más sabios, como obstáculos para la verdad, menciona el ejemplo de una autoridad frágil y que no merece crédito, la duración de la costumbre, el sentido del vulgo imperito y la ocultación de la propia ignorancia, a la vez con la ostentación de una sabiduría aparente.

El filósofo franciscano ha seguido en su exposición, el método filosófico elaborado por el autor de la biografía de Francisco de Asís, San Buenaventura. Fundándose en esa metodología, breve, pero a la misma vez profunda, insiste en que el hombre se halla envuelto y echa mano de tres pésimos argumentos para impedir el conocimiento de la verdad, "de esto ya nos dieron ejemplo nuestros antepasados", "esto es lo que se acostumbra", "esto es lo que hace el vulgo"; "Luego hay que atenerse a eso". Al oponerse al criterio de autoridad de los maestros, a la costumbre y a los argumentos de que lo realiza la mayoría de las gentes, descubre como remedios contra esos males la elaboración de un método fundado en la experiencia, "quiero ahora poner al descubierto las raíces de la misma sabiduría por la experiencia experimental, ya que sin la experiencia nada se puede saber suficientemente". Así que descubre que por la experiencia se estudian las conclusiones que se han obtenido por los razonamientos, si se ve la precisión de tener una experiencia particular esto ayuda a la ciencia, no bastando agregar el método matemático, pues lo que interesa son las experiencias particulares y completas y absolutamente comprobadas en la propia ciencia.

### **8.2.3. TERCERA ÉPOCA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INGLÉS**

Generalmente se coloca la tercera época, a partir del surgimiento de los Tudor como casa reinante en Inglaterra, es decir, a partir de 1485 y se hace concluir cuando, como

consecuencia de los estudios de Bentham, se estaba preparando la *judiciary Act*, siendo aquéllos de 1832 y ésta de 1873-1875.

El *common law* fue elaborado dentro de una estricta dependencia de los procedimientos formalistas y estuvo expuesto a un doble riesgo: el primer riesgo consistente en verse impedido de desarrollarse con la suficiente libertad para dar satisfacción a las necesidades de la época, y el segundo consistente en una esclerosis atribuida a la rutina de las personas que aplican la ley. Después de haber experimentado una expansión significativa en el siglo XIII, el *common law* no pudo escapar a ninguno de esos dos riesgos, lo que a su vez lo hizo correr adicionalmente otro riesgo grave: la formación paralela de un sistema rival, que en el transcurso del tiempo terminaría por asfixiarlo y suplantarlo, en forma semejante que el antiguo derecho civil en Roma, en la época clásica, se vio suplantado por el derecho pretoriano. Este orden normativo rival que será objeto de nuestro análisis, es la *equity*.

La competencia acotada de las jurisdicciones reales pudo llegar a ser tolerable mientras existiera paralelamente a las cortes de *common law*, otras jurisdicciones, que tenían competencia para sentenciar en el supuesto en que no existiese remedio alguno en el *common law*. El declive y la desaparición de estas otras jurisdicciones hicieron necesario encontrar un nuevo correctivo a las insuficiencias del *common law*.

Recurso ante la autoridad real. Los obstáculos que se presentaba en la administración de la justicia impartida por las cortes de Westminster tuvieron como resultado inevitable que a un número significativo de controversias no se les daba una solución justa. En estas controversias al espíritu de la parte afectada le asistía una última posibilidad de obtener justicia: recurrir directamente al monarca, fuente de toda justicia y de gracia. En estos supuestos se estimaba que las jurisdicciones reales no habían administrado correctamente la justicia; el monarca en consecuencia debía superar el deficiente funcionamiento de la justicia de sus cortes. Este recurso supremo que se presentaba ante el monarca, dentro de los postulados de la Edad Media, se entendían en forma natural, y las cortes reales no se llamaban a sorpresa cuándo una las partes contendientes solicitaba al monarca el empleo de esta “prerrogativa”. En último término las cortes reales debían ellas mismas su desarrollo a la implementación de este mismo principio, consistente en recurrir al monarca, en supuestos excepcionales,

para obtener justicia.

Desde el siglo XVI, en consecuencia, todo particular que no hubiera podido obtener justicia de las cortes reales o que el resultado por estas cortes le hubiese sido desfavorable, podía acudir al monarca para solicitarle la gracia, de intervenir en su causa, con el ánimo de "... de satisfacer su conciencia y como obra de caridad". El recurso, en casos similares, se substanció ante el canciller; éste lo transmitía, si le parecía oportuno, al monarca, quien resolvía en su Consejo este recurso.

Si bien perfectamente justificado, y aceptado sin reproche alguno en tanto que conservara su carácter excepcional, este recurso al institucionalizarse se convirtió en una fuente constante de conflictos ya que desarrollaba un sistema de reglas jurídicas, en franca oposición al estricto sistema de derecho del *common law*.

Esto fue lo que terminó por ocurrir en ocasión de la guerra de las Dos Rosas, debido a las dificultades que supuso para celebrar las reuniones del Consejo. Por lo que el Canciller, a partir del siglo XV, se transformó lentamente en un juez autónomo; decidía sólo y a nombre del rey y del Consejo, quienes le habían delegado su autoridad. Su intervención, por otro lado, era requerida cada vez con mayor frecuencia por los obstáculos del procedimiento y la rutina de los jueces, oponían al desarrollo deseable del *common law*. Sus resoluciones, que originalmente se fundaban en "la equidad del caso específico", se empezaron a transformar paulatinamente y en forma más sistemática, aplicando doctrinas "de equidad" que conllevaban anexos, y correcciones, a los principios "jurídicos" aplicados por las cortes reales.

La equity bajo la dinastía de los Tudor. El régimen absolutista de la dinastía de los Tudor en el siglo XVI, se fundamentó en el uso extensivo de la "prerrogativa" real. En materia penal, la famosa sala "de las estrellas" (*camera stellata*, *Star Chamber*) llegó a constituirse en una terrible amenaza para la libertad de los súbditos, después de haber servido eficazmente para restablecer el orden después de la guerra civil. En materia civil, la jurisdicción de la equity del canciller que se fundaba igualmente sobre la prerrogativa real, adquirió también una extensión considerable. El canciller, desde 1529 no es más el confesor del rey y un eclesiástico; es cada vez más un jurista. Examinaba las peticiones que le eran dirigidas como un verdadero juez, pero que se substanció conforme a un procedimiento, fundada en el derecho canónico que era completamente

diferente en sus principios, al procedimiento que servía de fundamento a las cortes del *common law*. Estos principios en el fondo eran, en gran medida, similares a los del sistema de derecho romano germánico y al sistema de derecho canónico. Estos principios de manera general proporcionaban una mayor satisfacción al sentimiento del interés social y de búsqueda de justicia en los tiempos del Renacimiento que las reglas arcaicas y obsoletas del *common law*. Por su celo de justicia y de buena administración, los soberanos de Inglaterra mostraron en esa época, su preferencia por la jurisdicción del canciller.

Consideraciones también de orden político pudieron haber influido en esta preferencia. El procedimiento escrito, secreto e inquisitorio de la Cancillería, en el que no participaba un jurado, pudo haber parecido, a los soberanos celosos de su autoridad, preferible a los procedimientos orales y públicos del *common law*. Es la convicción de que con el derecho romano, adoptado por el Canciller, el absolutismo real pudiera ir a la par, la que pudo haber prevalecido; el derecho romano se reduce a un simple derecho privado. “*Princeps legibus solutus est. Quod principi placuit, legis habet vigorem*”: ¿cómo resistirá la seducción de estos adagios que se encontraban en el Digesto? Finalmente podría parecer más simple elaborar un sistema de administración de la justicia completamente novedosa, absolutamente necesaria en la época, que efectuar reformas dentro del sistema del *common law*. El derecho inglés estuvo muy próximo, en el siglo XVI, de unirse a la familia de derechos del continente europeo por el triunfo de la jurisdicción de equidad del canciller y al deterioro del *common law*. Existió un riesgo de que los litigantes dejaran de acudir a las cortes de *common law* y ver cómo éstas caían en desuso, al igual que hacía tres siglos lo habían hecho las cortes de County Courts y las Hundred Courts que habían sido abandonadas y caído en desuso, cuando las cortes de Westminster, en la plenitud de su esplendor, le habían ofrecido a los litigantes una justicia más moderna, administrada de acuerdo a un procedimiento superior a los procedimientos tradicionales.

Compromiso entre el *common law* y la Equity (1616). Fueron diversas circunstancias las que prevalecieron para que no prosiguiera el desarrollo descrito. La resistencia natural de la judicatura tuvo que ser ponderada por los soberanos; las cortes del *common law* habían formalizado, en defensa de su posición y de su obra, una



alianza con el Parlamento, vinculados con las causas contrarias al absolutismo real. La deficiente organización de la jurisdicción atribuida al canciller, su obstrucción y su venalidad, fueron razones suficientes que abundaron en beneficio de sus detractores. Esta revolución, que hubiera conducido a Inglaterra a militar en la familia de los derechos romanistas, nunca acaeció; un compromiso había sido concluido para dejar subsistente, en un cierto equilibrio de fuerzas, las cortes del *common law* y la jurisdicción del canciller. Este compromiso no resultaba de una ley, ni de una decisión formal tomada por la autoridad real o por la judicatura. Antes al contrario, al término de una controversia y la presencia de una gran violencia extrema, que se suscitó entre las cortes del *common law*, encabezados por el juez en jefe Coke, en la época líder de la oposición liberal en el Parlamento, y la jurisdicción del Canciller. El rey Jacobo I, en 1616 se pronunció en favor de ésta última. Los Cancilleres tuvieron la sabiduría de no rebotarse por su victoria, no obstante sus alcances, neutralizando en esa forma la hostilidad de un Parlamento que ya había quedado plenamente satisfecho al obtener en 1641 la supresión de la sala “étoillée”. En lo concerniente a la Equity, se formalizó un acuerdo tácito para preservar el status quo. La jurisdicción del Canciller subsistiría, pero debía ser cauto de no expandir su competencia a expensas de las cortes del *common law*; éstas por su parte deberían de resolver de acuerdo a sus precedentes, y con ello debían liberarse del reproche de arbitrariedad que se les había atribuido; se convino por otra parte que el monarca se abstendría en lo sucesivo de emplear su prerrogativa de justicia para crear nuevas jurisdicciones, independientes de las cortes del *common law*. La naturaleza misma de la Equity adicionalmente, va transformarse: el canciller, hombre político perteneciente a la judicatura, no pretendería resolver en lo sucesivo en nombre de la ley moral y debería comportarse en el futuro como un jurista. El control de la Cámara de los Lords sobre las decisiones de la Corte de la Chancillería, se admitió a partir de 1621. Las cortes del *common law* estuvieron dispuestas a admitir, en esas nuevas condiciones, las intervenciones del canciller, que vengan autorizadas por un precedente.

#### **8.2.4. CUARTA ÉPOCA**

##### **HASTA EL TIEMPO ACTUAL**

Reformas del siglo XIX. Después del siglo XIII y XIV, los siglos XIX y XX representan una época de transformación fundamental en la historia del derecho inglés. Lo que marca la

nueva época es sin duda, con el triunfo de las ideas democráticas y bajo la influencia de Bentham, el desarrollo sin precedentes de la legislación inglesa. Una reforma sustantiva y de modernización del derecho inglés se llevó a cabo en el siglo XIX que generó una verdadera revolución atribuida específicamente a la relativa a las transformaciones radicales en el procedimiento, en los años 1832-1833 y en 1852. El derecho inglés se había desarrollado hasta esa época dentro de los entornos del procedimiento constituidos por las diversas formas de acciones. Una vez liberados de los obstáculos del procedimiento, los juristas ingleses, al igual que sus homólogos del continente, abocaron sus análisis al fondo del derecho, bajo cuya base, las soluciones del *common law* tenderían a ordenarse en forma más sistemática.

La organización judicial, por otra parte, se modificó sustancialmente en 1873-1875 por las Judicature Acts, creando una nueva Corte: la Corte Suprema de la Judicatura (Supreme Court of Judicature), y con ello se suprimió la distinción formal de las cortes del *common law* y de la Corte del Equity de la Cancillería: todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del Equity, contrariamente al status quo ante que obligaba a comparecer ante una Corte del *common law* para obtener la aplicación del *common law*, y ante la Corte de la Cancillería para obtener un recurso de Equity. En lo que concierne al fondo del derecho, se obtuvo un avance sustantivo en la abrogación de leyes obsoletas y ordenación (consolidation) de las reglas de derecho, eliminando del derecho inglés las soluciones arcaicas y mediante un gran esfuerzo, en muchos ámbitos, se logró presentar las reglas de forma sistemática. La importancia de la obra de la legislación, que se alcanzó en el siglo XIX, no le hizo perder al derecho inglés su aspecto tradicional: ninguna codificación a la francesa intervino y el desarrollo del derecho inglés mantuvo esencialmente la obra de las cortes; el legislador abrió nuevas posibilidades y trazó nuevas orientaciones, el legislador per se en la práctica, no crea un nuevo derecho. Ningún autor alberga la ambición, como en su época lo hicieron Glanvill, Bracton, Coke y Blackstone, de describir el conjunto de un derecho que refleja la complejidad de las relaciones de la civilización moderna. Los instrumentos esenciales del conocimiento del derecho inglés son a partir de esa época, en lo que se refiere a jurisprudencia y legislación, la nueva colección de Law Reports (creada en 1865), en lo que concierne a la exposición sistemática del derecho inglés, la enciclopedia de ILaws of

England, publicada bajo la dirección del Lord Halsbury.

Siglo XX: el *common law* en la época del Welfare-State. El movimiento de modernización iniciado en el siglo XIX, se desarrolló durante el siglo XX con nuevas características. Una corriente socialista con miras a establecer la sociedad sobre nuevas bases, se substituyó a la corriente liberal, dominante hasta 1914. El *common law* experimentó por este hecho una grave crisis, ya que los procedimientos de elaboración casuística y jurisprudencial que lo habían caracterizado desde sus orígenes, se acoplaban con dificultad a la voluntad de efectuar en la sociedad profundas y rápidas transformaciones. A fines del siglo XX, a medida que el país se reencauzaba hacía un mayor liberalismo, se hizo igualmente imperativo reglamentar la vida de los ciudadanos y las actividades de las empresas. Leyes y procedimientos adquirieron una importancia desmesurada comparativamente a la antigua concepción. La elaboración de reglamentos administrativos y su aplicación conllevó nuevos planteamientos y suscitó una infinidad de litigios entre la administración y los ciudadanos. Paralelamente a las cortes que forjaron el *common law*, se crearon múltiples organismos que hubieron de ser desplegados para resolver controversias, suscitadas por la aplicación de las nuevas leyes; ello se implementó ya que la competencia de las cortes tradicionales estaría hipertrofiada para conocer de controversias, lo que provocaba cuestionamientos sobre su pericia en la consecución de los propósitos anhelados. Las mismas consideraciones prevalecientes en Francia y en otros países llevaron a Inglaterra a introducir tribunales administrativos. A los tribunales administrativos en Inglaterra no se les confirió una jerarquía autónoma en cuanto a su jurisdicción; sin embargo es necesario tener presente en el espíritu que un número considerable de controversias, no inferior en cuanto al número sujeto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, fueron encauzadas a organismos en donde los juristas estuviesen asociados a personas ajenas a la formación de juristas, o donde incluso los juristas podrían estar ausentes de estas controversias. Estas controversias analizadas y resueltas, conforme a una metodología y a un espíritu que definitivamente no corresponde a los del *common law*. Para resolver los problemas inherentes del Welfare State pareciera que los derechos romanistas del continente europeo, militantes de la elaboración legislativa y doctrinal del derecho, se encontraban mejor posicionados que el derecho inglés.

Un movimiento de aproximación se dibuja así entre el derecho inglés y los derechos del continente europeo; este movimiento obedece a las necesidades del comercio internacional, y se encuentra estimulado por una conciencia más clara de las afinidades que existen entre los países europeos vinculados a valores específicos de la civilización occidental. El ingreso de Reino Unido en la Unión Europea, en 1972, le dio a esta tendencia un nuevo impulso.<sup>28</sup> Es necesario también ponderar otro gran cambio acaecido en derecho inglés, en los últimos tiempos: las reformas constitucionales, influidas profundamente por el derecho europeo.

**Fin del siglo XX:** las reformas constitucionales en Reino Unido. Aunque esta parte del libro esté dedicada al derecho inglés, que difiere del derecho de Irlanda del Norte, es importante examinar los desarrollos constitucionales del Reino Unido. Las reglas constitucionales han sido profundamente modificadas en estos últimos años, a tal grado que un prestigiado autor británico pudo llegar a observar que el gobierno británico había inaugurado “una verdadera y apasible revolución constitucional”. Estas reformas se refieren a la restitución de poderes a las asambleas en Escocia y en Gales, la creación de una asamblea en Irlanda del Norte, y la incorporación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre por la Human Rights Act de 1998. El gobierno británico ha honrado su compromiso de descentralizar el poder gubernamental.

La Scotland Act 1998 creó un parlamento en Edimburgo, elegible cada cuatro años, que dispone de extensos poderes que le permiten legislar en numerosos y variados ámbitos, tales como la enseñanza pública, la salud y las instituciones penitenciarias. El Parlamento escocés ejerce igualmente una competencia fiscal que le permite modificar la tasa del impuesto sobre la renta. El Ejecutivo, cuyo mandato proviene de la ley, está compuesto de un primer ministro escocés, de law officers y de ministros nombrados por el primer ministro.

En Gales, la Government of Wales Act 1998 creó la Asamblea Nacional para Gales. Esta Asamblea tiene poderes reglamentarios, pero contrariamente al sistema escocés, no dispone de poderes legislativos, ni de competencia fiscal. La Asamblea en la actualidad detenta casi todos los poderes que pertenecían al premier ministro británico, particularmente en materia de salud y educación. El Ejecutivo se compone de un primer secretario y de los secretarios nombrados por la Asamblea, quienes son también los

presidentes de las comisiones de la Asamblea. Cada comisión está al cargo de una materia, tal como la educación, o el medio ambiente.

Finalmente, la Northern Ireland Act 1998 creó una asamblea norirlandesa, que tiene competencia legislativa en los ámbitos que pertenecían antes al ministerio de Irlanda del Norte: la agricultura, la vivienda, la educación, la salud y los servicios sociales. La creación de las asambleas en Edimburgo, Cardiff y Belfast significa un desarrollo importante en la descentralización de los poderes de Reino Unido. El Parlamento de Westminster comparte en lo sucesivo su poder en ámbitos importantes con las tres asambleas de las cuales, dos de ellas, tienen poderes legislativos. Pero se trata de una evolución asimétrica: las tres asambleas tienen poderes diferentes, y la descentralización de las regiones inglesas no está todavía determinada. Virtualmente es una mezcla de "federalismo que transita en diferentes velocidades", que da cuenta de un gran pragmatismo, y que se encuentra muy alejado del modelo de otros países federales, como el de la República Federal de Alemania.

El segundo aspecto de estas reformas constitucionales vierte sobre la protección de los derechos fundamentales. Aún cuando Reino Unido haya sido el primer Estado miembro del Consejo de Europa en ratificar la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en 1951, esta ratificación no asegura per se la protección de los derechos del hombre. Conforme al derecho constitucional clásico de Reino Unido, una convención internacional no forma parte del derecho interno de Reino Unido en tanto que no haya sido incorporada por una ley específica prevista a tal efecto. Hasta épocas recientes, las jurisdicciones británicas no habían podido aplicar directamente los derechos protegidos por la Convención. Esta posición tradicional, fue modificada por la Human Rights Act 1998, que se encuentra en vigor a partir del 2 de octubre de 2000.

Al incorporar esta Convención en el derecho inglés, se hizo imperativo respetar el principio tradicional, conforme al cual el Parlamento es soberano y está legitimado para legislar en cualquier ámbito. El legislador inglés no pudo en consecuencia conferir al juez la posibilidad de eliminar una ley que no esté conforme a los derechos del hombre. La conciliación entre la protección de derechos fundamentales y la soberanía parlamentaria se verifica a través de otros mecanismos. Primeramente, a partir de las

reglas de interpretación del derecho interno. Con fundamento en la sección 3 de la Human Rights Act, el juez debe interpretar la ley de conformidad con los derechos previstos en la Convención. Por lo tanto la sección 3 resulta ser una de las disposiciones claves de la ley. Las primeras resoluciones de las cortes superiores dan cuenta del gran valor que el juez le atribuye a esta obligación. En el supuesto que una interpretación de este naturaleza, conforme a la ley, no sea posible, el juez debe hacer una declaración de no conformidad. La declaración de no conformidad tiene por efecto que el ejecutivo tome, lo que se denomina, remedial order, según la sección 10 de la Human Rights Act. El ministro, esta, en consecuencia facultado para modificar la legislación mediante una ordenanza. En una resolución reciente, los jueces manifestaron su reticencia de pronunciar una declaración de conformidad, estimando preferir referirse a la obligación para “salvar” el texto y permitir así al requirente prevalerse de los derechos fundamentales. En segundo término, el poder público debe de actuar de conformidad con los derechos reconocidos en la Convención. Conforme a los términos de la Human Rights Act, una persona que ha sido trasgredida en sus derechos por actos de las autoridades administrativas contrarios a la Convención, puede interponer un recurso ante los tribunales por abuso de poder. Los tribunales tienen por consecuencia, en la actualidad, la posibilidad de anular actos administrativos contrarios a los derechos fundamentales. Tradicionalmente, las cortes inglesas han mostrado cierta reticencia en la fiscalización de la legalidad de los actos administrativos. Pero, la noción de ilegalidad en la Human Rights Act motivará a las cortes inglesas a adoptar un enfoque diferente en virtud de que el legislador las ha investido del poder de fiscalizar que todos los actos deben ser compatibles con los derechos fundamentales. Adicionalmente esto podría incluso motivar a los tribunales, gradualmente, a reforzar el control jurisdiccional en cualquier ámbito, sin perjuicio de los derechos fundamentales del hombre. La envergadura de la Human Rights Act podría ser mucho más profunda, tal y cómo se analizará, esta ley puede tener igualmente consecuencias sobre la aplicación de la stare decisis.

### **8.3. CONCEPTO DE COMMON LAW**

El Common Law o Derecho consuetudinario, es un término usado para referirse al grupo de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia, que son fundamento ineludible del Derecho de los países anglosajones.

El nombre deriva de la concepción del Derecho medieval inglés que, al ser administrado por los tribunales del reino, reflejaba las costumbres comunes (del inglés, 'common') en él imperantes o vigentes. Este sistema legal rige en Inglaterra y en todos los países que, como Canadá o Estados Unidos, fueron colonias británicas.

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

## **8.4. FUENTE DE DERECHO PRINCIPAL**

Hasta épocas recientes se ha resaltado, como una de las características de la originalidad del derecho inglés, la teoría de las fuentes del derecho, tal y como se concibe en Inglaterra. Para los juristas del continente europeo, embelesados por el culto

a la ley y pletóricos en su admiración por los códigos, siempre les ha parecido extraño, para no decir inconcebible, visualizar a un país altamente civilizado, el país comerciante más importante a nivel mundial, rechazar la fórmula de la codificación y reconocer la validez de una fórmula que en la percepción continental era obsoleta, viendo en la **jurisprudencia** la fuente fundamental del derecho.

### **8.4.1. LA JURISPRUDENCIA**

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

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

#### **8.4.1.1. La regla del precedente**

Diferencia de substancia con el continente europeo. En el derecho francés y en general otros derechos de la familia romano-germánica, los principios del derecho han sido siempre buscados en un conjunto de reglas preestablecidas: en la antigüedad *Corpus juris civilis*, y en la actualidad la codificación.

La jurisprudencia, en los “países de derecho escrito”, está llamada a desempeñar normalmente una función secundaria: *non exemplis sed legibus iudicandum est* postula el *Corpus juris civilis* de Justiniano. Las resoluciones jurisprudenciales pueden tener cierta autoridad; sin embargo no se les atribuye, salvo casos excepcionales, como creadoras de reglas de derecho.

Esto se estimó que resultaba estéril ya que independientemente de las resoluciones judiciales, se contaba con un sistema de derecho que se bastaba por sí sólo.

La situación es totalmente diferente en Inglaterra. En Inglaterra jamás se le atribuyó la misma autoridad al derecho romano, cómo se hizo en el continente europeo.



El *common law* fue creado por las Cortes reales de Westminster; es un derecho jurisprudencial.

La función de la jurisprudencia en Inglaterra no se limitó exclusivamente a la aplicación de la ley, sino de igual manera a la creación de reglas del derecho.

Es natural, en estas condiciones, que a la jurisprudencia se le haya atribuido en Inglaterra una autoridad diferente de aquella conferida en el continente europeo. Las reglas creadas por las decisiones judiciales, deben ser aplicadas, a riesgo de no hacerlo, de socavar toda certeza, e incluso de comprometer la existencia misma del *common law*.

La obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad, sin embargo, no siempre ha experimentado el mismo grado; de hecho fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente (*rule of precedent*), que se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores.

Antes de esa época prevaleció la preocupación de asegurar la cohesión de la jurisprudencia, y —con mayor frecuencia— se determinó que había que considerar lo que había sido resuelto, en la búsqueda de la solución de la controversia; tardó mucho tiempo en introducirse el principio que consiste en la obligatoriedad de aplicar las reglas de derecho que se contienen en los precedentes. La tendencia legalista del siglo XIX, que encuentra en Francia su equivalente en la Escuela de la Exégesis, condujo al derecho en Inglaterra a aplicar en forma más rigurosa la regla del precedente.

La organización de una jerarquía judicial más sistemática por las Judicature Acts y el mejoramiento de la calidad de las compilaciones de jurisprudencia contribuyeron en forma importante en la consecución de este propósito.

**8.4.1.2. Significación y alcance de la regla.** La regla del precedente se ha analizado, en la teoría, atendiendo tres proposiciones muy sencillas: 1. Las decisiones emitidas por la Cámara de los Lores (House of the Lords) constituyen precedentes obligatorios, cuyas reglas deben ser observadas por toda jurisdicción, excepto y

en forma excepcional por ella misma; 2. Las resoluciones emitidas por la Court of Appeal (Corte de Apelación) constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte, y para la misma Court of Appeal y 3. Las resoluciones pronunciadas por un juez de la High Court of Justice se imponen a las jurisdicciones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones de la High Court of Justice y por la Crown Court.

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

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

## **8.5. FUENTES SECUNDARIAS DEL DERECHO COMMON LAW**

Comparadas a la jurisprudencia, otras fuentes desempeñan en el derecho inglés una función secundaria. Esta función, empero, dista mucho de ser irrelevante, por lo que

resulta importante su análisis.

### **1. La ley**

### **2. La costumbre**

### **3. La doctrina y la razón**

#### **8.5.1. LA LEY**

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

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

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

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

#### **8.5.2. LA COSTUMBRE**

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

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

**Costumbres locales o comerciales.** La costumbre, en la actualidad, tiene una función muy restringida en el derecho inglés. Cualquier función atribuida a la costumbre local por importante que ésta sea, se le desplaza por una regla que deba obligadamente contener la expresión de una costumbre "inmemorial"; una regla del

*common law* que tiene su origen en una ley de 1275 determinó que costumbre inmemorial era la que existía en 1189. En la actualidad no se exige que se acredite tal antigüedad; pero una costumbre no será considerada como jurídicamente obligatoria en Inglaterra, si no se prueba que existiera desde 1189. La exigencia de que la costumbre sea inmemorial es propia de las costumbres locales y no puede ser identificada en el ámbito de las costumbres comerciales (*mercantile customs*). Después de la absorción del derecho comercial por el *common law*, pudo hacerse valer también en este ámbito, la existencia de costumbres jurídicamente obligatorias. La práctica reciente evidencia aún todavía la aparición ocasional de costumbres. La importancia de estas costumbres es cada vez más limitada y de hecho lo es más cuando una costumbre es consagrada por la ley o por la jurisprudencia, caso en el cual pierde su carácter de costumbre. Con la flexibilidad y las posibilidades de evolución que le posibilita su propia naturaleza puede convertirse en una regla legislativa o jurisprudencial, so metida a la regla del precedente. La importancia real de la costumbre. No obstante lo expuesto, la importancia de la costumbre, no puede ser subestimada. La sociedad inglesa, como cualquier otra sociedad, no se encuentra exclusivamente regida por el derecho. En particular, en materia constitucional, es necesario considerar la función de las célebres constitutional conventions, que son costumbres a las que la teoría no reconoce un carácter jurídico, pero que dominan la vida política inglesa. Los poderes, que el monarca podría teóricamente ejercer, se ven de esta forma limitados por las constitutional conventions. El monarca debe dar su consentimiento (*Royal assent*) para que un proyecto de ley se convierta en ley; existe una constitutional convention conforme a la cual en forma automática y sistemática este acuerdo se da a los proyectos de ley que han sido regularmente votados por la Cámara de los Comunes (*House of Commons*) y la Cámara de los Lores (*House of Lords*). En principio el monarca es libre de elegir y de nombrar los ministros de su gobierno; conforme a otra constitutional convention, el monarca designa as como ministros a lo que le son sugeridos por el Primer Ministro. La misma vida social está dominada por ciertas maneras de comportarse, que son tradicionales y que nadie pone en entredicho. A estas reglas de conducta convencionales y a la práctica que las inspiran no se les considera como costumbres, ni menos como jurídicamente relevantes, en Inglaterra, en la medida en que no han contado con la sanción judicial, ni parece

estar en condiciones de recibir la sanción de los jueces. Cualquier estudio de derecho, sin embargo, pecaría de incompleto y equivocado, si no se señalara aun cuando fuere someramente, la existencia de estas reglas de la vida social.

### **8.5.3. LA DOCTRINA Y LA RAZÓN**

**Sistema abierto y sistema cerrado.** El *common law*, desde sus orígenes ha sido fundado en la razón, disimulada bajo la ficción de la costumbre general “inmemorial” del reino. En la medida en que las reglas de derecho no se formulan para dar certeza a las relaciones sociales, la razón permanece la fuente de derecho inagotable, a la cual las Cortes recurrirán tanto para colmar las lagunas del sistema de derecho inglés, como para conducir la evolución de este sistema. El principio en este orden, no es diferente en Inglaterra de lo que pudiera ser en los países del sistema romano germánico; sin embargo una diferencia debe ser apreciada. En los países de derecho escrito, en donde el derecho se presenta bajo la fórmula principal de un derecho legislativo, las reglas de derecho se redactan con una generalidad tal, que el llamado a la razón se realiza normalmente en el marco de fórmulas legales, bajo forma de aplicación e interpretación de estas reglas; la existencia de lagunas en el orden legislativo se admite con dificultad; la razón desempeña una función en la interpretación de la ley, más que para integrar el orden jurídico. Este mismo fenómeno, en un sistema jurisprudencial como es el derecho inglés tiene una función diferente. La perspectiva casuística que desempeña el derecho deja subsistir, deliberadamente muchas lagunas, y a la razón se le reconoce como una fuente subsidiaria del derecho, con el propósito de colmar estas lagunas. La técnica de interpretación del derecho se ve substituida por una técnica de distinción, cuyo propósito es la creación de nuevas reglas, cada vez más precisas, y no la aplicación de una regla preexistente. Los sistemas de derecho de la familia romano-germánica son sistemas cerrados, el *common law* es un sistema abierto en el que incesantemente se crean nuevas reglas de derecho; la razón y sólo ella es la fuente natural de la creación de estas nuevas reglas de derecho.

**Los principios jurídicos.** Esta diferencia en el análisis interesa, la verdad sea dicha, a la teoría del derecho más que a la práctica. En los mismos países de derecho jurisprudencial se observa la tendencia a poner en primer plano, más que la

intervención de esta fuente subsidiaria de derecho que es la razón, los “principios jurídicos” que resultan del conjunto de las sentencias judiciales. La intervención de la razón se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de estos principios jurídicos, que constituyen su manifestación más luminosa.

**Elementos de una solución racional.** ¿A cuál razón se refiere el *common law*? Tratar de identificar una solución razonable que conlleve toda controversia, cuando se carece en la materia de un precedente, de una regla legislativa, o de una costumbre obligatoria, es ante todo identificar una solución que esté en más armonía con las reglas de derecho existentes, y que por este hecho pareciera ser la más satisfactoria, acorde con la preocupación primaria de seguridad, asociada a la de justicia, que es el fundamento del derecho.

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

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

un sistema de derecho coherente; existe, como dijera el jurista inglés Coke al rey Jacobo I para prohibirle a éste una injerencia indeseada en la justicia inglesa, una “artificial reason of the law” (“una razón artificial de la ley”).

## **8.6. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SUS PROCEDIMIENTOS.**

### **8.6.1. Diferentes tipos de jurisdicción.**

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

Una distinción de principio propia del derecho inglés, que es totalmente desconocida en el continente, es lo que se puede denominar por una parte la “alta justicia”, que se administra por las cortes superiores, y por la otra la “baja justicia”, que se administra por una serie de jurisdicciones inferiores o por organismos “quasi-judiciales”.

La atención de los juristas se vierte especialmente en la actividad de las cortes superiores; éstas no se limitan a resolver un proceso; sus resoluciones conllevan un mayor alcance y constituyen bajo ciertas premisas “precedentes” que constituyen en lo sucesivo el hilo conductor; a través de su análisis se puede conocer el derecho en Inglaterra.

La inmensa mayoría de las controversias empero, se resuelve al margen de estas cortes, por jurisdicciones inferiores, por árbitros u organismos quasi-judiciales, que no participan en el Poder Judicial, y el interés que revisten las resoluciones que pronuncian queda circunscrito al caso que ha sido resuelto.

### **8.6.2. Cortes superiores**

La Supreme Court of Judicature. En su historia, Inglaterra ha contado con un número significativo de Cortes superiores: las Cortes de Westminster (Cour du Banc du roi,



Cour des Plaid communs, Cour de l'Echiquier) la que administraban el *common law*, en tanto la Corte de la Chancillería administraba la Equity; la Corte del Almirantazgo era competente para conocer ciertos ámbitos del derecho marítimo, la Corte de Divorcio lo era en materia de derecho canónico; la Cour of Probate resultaba competente para declarar la valides de los testamentos. Las Judicature Acts de 1873/1875, llevaron a cabo una simplificación de la organización judicial inglesa, ya que suprimieron todas esas cortes y las congregaron en una nueva Corte suprema única, la Supreme Court of Judicature, bajo cuya autoridad se ejerce, excepcionalmente, el control del Comité de apelación de la Cámara de los Lores.

La nueva organización judicial implementada por las Judicature Acts fue paulatinamente modificada, específicamente por la Administration of Justice Act de 1970, la Courts Act de 1971, y la Courts and Legal Service Act de 1990. La justicia civil experimentó un cambio importante cómo consecuencia del informe de Lord Woolf cuyas principales recomendaciones fueron adoptadas en la Access to Justice Act de 1999 y posteriormente con la adopción de las Civil Procedure Rules. Este análisis se limita a describir en este espacio la organización actual del derecho inglés, en la que la Supreme Court of Judicature está compuesta por tres cuerpos: la High Court of Justice, la Crown Court y la Court of Appeal.

La High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) está formada por tres “divisiones”: la división del trono de la Reina (Queen’s Bench Division), la división de la Chancillería (Chancery Division), y la división del derecho familiar (Family Division). La Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) es competente para conocer de controversias contractuales y de torts (responsabilidad civil), aún cuándo también cuenta con una Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y de una Commercial Court (Corte Comercial). La Court of the Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) es competente para conocer de controversias de derecho administrativo que son resueltas por tribunales a cargo de 23 jueces especializados que reciente mente fue denominada cómo la Administrative Court (Corte de lo Contencioso Administrativo). La Family Division (División Familiar) es competente para conocer de las controversias concernientes a los menores de edad y ciertas controversias de

divorcio y de adopción. La Chancery División (la “división” de la Chancillería) que era la antigua Corte de equity (Court of Equity) es competente, entre otros, para conocer de las controversias de los trusts, de las hipotecas, del derecho corporativo de sociedades, y de la propiedad intelectual. Existe en el ámbito de la Chancery División (la “división” de la Chancillería) una Companies Court (Corte de sociedades mercantiles) una Bankruptcy Court (Corte de insolvencias mercantiles) y una Patent Court (Corte de patentes y marcas).

El reparto del sistema competencial entre estas divisiones se hace en función de las necesidades del servicio; cada una de las divisiones, conforme a la ley, es competente para resolver sobre cualquier controversia que sea de la competencia de la High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) La atribución en la Queen’s Bench Division (la división del trono de la Reina) de una Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y de una Commercial Court, (Corte Comercial) y en el ámbito de la Chancery División de una Company Court (Corte de sociedades) tiene como único significado que, en el ámbito de estas divisiones pueden existir jueces especializados con ciertas reglas de procedimiento especiales en el desahogo de controversias de naturaleza particular. En la actualidad la High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia) conforme a la ley, está compuesta por ciento siete puisne judges a quienes se les denomina Justices; a estos ciento siete justices habría que agregar al Lord Chief Justice, que preside la Queen’s Bench Division, (la división del trono de la Reina), el vicecanciller, que preside la Chancery División (la división de la Chancillería), y el presidente que preside Family Division (la división del derecho familiar). A todos estos jueces se les selecciona del gremio de los abogados, para quienes el acceso a la dignidad de justicia de su majestad, constituye la culminación de un éxito profesional y social. Las controversias se desahogan inicialmente en primera instancia y ante un juez único. Este juez único está siempre asistido por un jurado, por lo que respecta al *common law*; en materia civil la función del jurado se ha vuelto excepcional; así mismo se ha abandonado la regla conforme a la cual el veredicto del jurado (en los raros casos en los que llegaré a subsistir) debía ser aprobado por unanimidad.

La Crown Court (la Corte de la Corona) es un tribunal de relativa nueva creación,

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

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

### **8.6.3. Cámara de los Lores.**

En contra de las resoluciones de la Court of Appeal se puede intentar un último recurso ante el Comité de apelación (Appellate Committee) de la Cámara de los Lores. Este recurso es excepcional, no es un derecho. La interposición de este recurso debe ser previamente autorizado. Es en esa forma cómo, la Cámara de los Lores pronunció 83 resoluciones en 2000. Entre los Lores, los únicos que están habilitados para poder juzgar que no pueden sobrepasar el número de doce conforme a la ley, está el Lord Canciller (que preside la Cámara) y los Lores (Lords of Appeal in

Ordinary), que han sido especialmente hechos pares exclusivamente con el propósito de que pudieran ejercer funciones jurisdiccionales (Lores que no son hereditarios), y aquéllos Lores que han desempeñado anteriormente ciertas funciones jurisdiccionales, enunciadas por ley. Las controversias son resueltas normalmente por cinco Lores que actúan en forma colegiada, pero en casos importantes por siete Lores. Cada Lord expresa sobre la controversia, en forma separada, su opinión, y el recurso interpuesto se desecha si la mayoría no lo admite. Así el derecho inglés ignora la práctica francesa de la casación con remisión; la Cámara de los Lores resuelve exclusivamente en cuanto al fondo respecto de los recursos de los cuales resulta competente.

#### **8.6.4. Comité judicial del Privy Council.**

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

#### **8.6.5. El Comité judicial del Privy Council y las reformas constitucionales.**

Al Comité judicial del Privy Council se le atribuyó recientemente competencia en lo contencioso constitucional. Las leyes que instauraron la descentralización y la restitución

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

#### **8.6.6. Jurisdicciones inferiores.**

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

En materia civil las principales jurisdicciones inferiores son las Country Courts, instituidas por una ley en 1846 (que no guardan ninguna relación con las antiguas Country Courts de la época anglosajona). Las Country Courts desempeñan una función esencial en la administración de la justicia civil en Inglaterra, ya que se les ha expandido su competencia. La High Court of Justice, de competencia más acotada, generalmente no conoce de asuntos cuya cuantía sea inferior a 15000 libras esterlinas; estos asuntos se resuelven en consecuencia comúnmente en Country Courts. Todas las controversias de divorcio se concluyen en la actualidad en ciertas Country Courts, que pueden resolver divorcios por mutuo consentimiento. Los jueces de las Country Courts (llamados hoy en día circuit judges y district judges) ascienden a un número cercano a 574 y a 418 respectivamente; al igual que los jueces de la High Court se eligen entre los abogados más renombrados. Las controversias de cuantía menor a las 5 000 libras esterlinas se resuelven por un auxiliar de juez, llamado registrar, y se substancian normalmente conforme a un procedimiento denominado small claims track, que es un procedimiento de solución de controversias, mucho más efectivo y menos oneroso.

En materia penal las infracciones menores (summary offences) se resuelven por

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

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

La competencia de los magistrates' courts, en materia penal, no se agota en resolver summary offences (controversias de menor cuantía). Tienen la competencia para todos aquéllos delitos de mayor gravedad (Offences triable either way o indictable offences), mediante un procedimiento preliminar, de resolver si la controversia debe ser reenviada ante la Crown Court o si la resolverán en su propia jurisdicción.

La mayor parte de las either-way offences se resuelven por los magistrates' courts; si bien el procesado se ve beneficiado por la circunstancia que, los poderes de los magistrates' courts estén limitados y no pudieran condenarlo a una pena de prisión de más de seis meses, no menos cierto es que no podrá tener acceso a un jurado; la ley inglesa no prevee la función del jurado cuando actúan los magistrates' courts.

La justicia civil ha experimentado cambios importantes que fueron motivados por el estudio realizado por Lord Woolf durante la década de los noventa. En la actualidad, la justicia penal igualmente es objeto de una reflexión, a partir de los trabajos de un juez de gran renombre, Lord Justice Auld. De este informe surgirán seguramente reformas en

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

interés público). A los magistrates' courts les asiste igualmente competencia en materia de autorización de venta de alcohol. Contra las resoluciones de las Country Courts los recursos, cuando éstos se admiten, se atraen directamente a la Court of Appeal.

Contra las resoluciones de los Magistrates' Courts el recurso cuando se admite según el caso, se atrae ya sea por la Crown Court (lugar en el que un juez profesional preside asistido de dos a cuatro magistrados), o bien a la Queen's Bench Division (la "división" del Trono de la reina) constituida como Divisional Court, (donde tres jueces por lo general actúan colegiadamente en la substanciación de una controversia).

#### **8.6.7. El contencioso "cuasi-judicial" y derecho administrativo.**

En materia administrativa, y debido a las dificultades emergentes en el ámbito de ciertas leyes, diversos organismos, que portan el nombre de Boards, de Comisiones o de Tribunales, conocen de una competencia "cuasi-judicial", para resolver controversias que se les someten como una instancia previa para poder acceder a la Supreme Court of Judicature. Estos organismos son múltiples con una actividad considerable, ya que resuelven cerca de medio millón de asuntos por año, lo que representa un número mayor al conjunto de controversias en materia civil.

Estos organismos se especializan en materia económica (transporte aéreo y terrestre, marcas comerciales, derechos de autor, mercado financiero, derecho de competencia), en materia fiscal (impuesto sobre la renta, impuesto predial), en materia de expropiación, en materia social (educación, seguridad social, hospitales, pensiones, despido de asalariados), en materia de arrendamiento (locales amueblados, locales no amueblados).

#### **8.6.8. Un Council on Tribunals fiscaliza el buen desempeño de estos Tribunales.**

La investigación sobre el funcionamiento y la actividad de estos tribunales le ha sido confiada actualmente a un prestigiado juez de la Court of Appeal.

De una composición muy variada, tanto en sus atribuciones cómo en sus

poderes, estos tribunales en algunos supuestos están vinculados a la administración pública, pero en otras son también con frecuencia totalmente independientes de la administración pública; así verbi gratia los tribunales encargados de resolver controversias entre propietarios y arrendatarios, o entre patrones y asalariados. Los tribunales administrativos tienen a veces funciones contenciosas; en otras veces empero, controlan simplemente si la administración adoptó correctamente su decisión en términos del procedimiento no contencioso que le ordena la ley, y si específicamente la administración efectuó la investigación que le ha sido prescrita, de manera “cuasi-judicial”. Por estas dos razones no es posible asimilar a estos organismos a los tribunales administrativos franceses. Todos estos organismos funcionan bajo el control de la High Court of Justice. En Inglaterra no existe una jerarquía de jurisdicciones administrativas distinta de la jerarquía de las jurisdicciones ordinarias.

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

Estos últimos años, se ha podido percibir un desarrollo considerable de los principios de derecho administrativo aplicados por las cortes superiores. La influencia del derecho europeo continental ha sido particularmente significativa, por el doble efecto del derecho comunitario y de los derechos del Hombre. En el momento en que las controversias entran en el ámbito del derecho comunitario, las cortes inglesas han iniciado la aplicación de conceptos tales como el principio de proporcionalidad. Evidentemente, la aplicación de estos conceptos influyó el enfoque de las cortes en relación a las controversias que carecen de una naturaleza comunitaria.

La incorporación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre en el derecho inglés a través de la Human Rights Act de 1999 reforzó de igual manera este



desarrollo del derecho inglés, lo que permitió a las cortes anular actos administrativos contrarios a los preceptos de la Convención. Las cortes tienen en lo sucesivo mayores posibilidades de fiscalizar la oportunidad con la que se toman los actos o decisiones por la administración pública.

#### **8.6.9. El Poder Judicial, característica del sistema inglés.**

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

Las Cortes Superiores de Justicia representan en Inglaterra un verdadero poder, que se debe en gran medida a su historia, a la elaboración del *common law* y del equity. Esta situación ha variado en la actualidad; no obstante ello no ha emergido ninguna codificación de conjunto, que haya inducido a los juristas ingleses a considerar que la fuente primordial de derecho, sea la ley. Resulta imperativo tener siempre en consideración que en Inglaterra la función que se le ha sido asignado en la historia a la jurisdicción para establecer y asegurar las libertades inglesas, ha sido predominante. Muchos han sido los juristas que han reflexionado que esta función ha sido controvertida, y que la existencia de un Poder Judicial real es el único contrapeso a una alianza que se fragua cotidianamente, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Se puede sostener que como una regla atribuida a la costumbre constitucional, el principio que postula que ninguna decisión que resuelve una controversia puede ejecutarse sino es bajo el control de las Cortes Superiores de Justicia; el Poder Judicial tiene un derecho inherente (*inherent right*) de pronunciarse sobre estos aspectos. La existencia de un Poder Judicial plenamente independiente y altamente respetado, aparece como indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones inglesas, a la formación y a la afirmación de que las Cortes han contribuido en forma por demás importante en la historia.

Cierto número de reglas del derecho inglés permiten percibir la importancia que le ha sido conferida a las Cortes superiores. Todas las controversias deben ser resueltas en Inglaterra por la Supreme Court of Judicature, o por lo menos bajo el control de esa

Corte, ya sea que hayan sido de naturaleza civil, criminal o administrativa. A las High Court of Justice y la Crown Court pueden, en cualquier evento, recurrir directamente los abogados postulantes. Conservan desde luego la potestad de reenviar discrecionalmente a las jurisdicciones inferiores las controversias que así determinen, para evitar en lo posible, generar rezagos indeseables en esa jurisdicción; pueden así mismo, en todo momento, atraer una controversia cualquiera que ésta sea, que haya dado lugar a un procedimiento en alguna otra Corte. La High Court of Justice y la Crown Court gozan en Inglaterra de una verdadera plenitud de jurisdicción, bajo el control de la Court of Appeal y de la House of the Lords (La Cámara de los Lores).

Virtuosas en la elaboración del derecho, las Cortes superiores durante largo tiempo han sido igualmente virtuosas en su administración. El reglamento de procedimiento de la Corte Suprema (Rules of the Supreme Court) fue la obra de una comisión dominada por jueces.

Las nuevas reglas de procedimiento civil, las Civil Procedure Rules, fueron redactadas por un nuevo comité, el Civil Procedure Rules Committee, compuesto de jueces y de juristas (abogados y solicitors) pero igualmente de no-juristas, que coadyuvaron a resolver problemas que surgen del derecho del consumidor. Es de observarse finalmente, la forma en la que las Cortes superiores están provistas para hacer que sus decisiones sean acatadas. Las Cortes inglesas, a diferencia de Francia, pueden ordenar a los servidores públicos de la administración pública.

A través del contempt of court están habilitadas para arrestar a quienes alteren el curso normal de la justicia publicando informaciones relativas a un asunto criminal que se encuentra sub judice o que se se conduzcan con mala fe en la ejecución de las resoluciones de la administración de la justicia en ciertas materias.

#### **8.6.10. Concentración de la justicia inglesa.**

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

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

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

#### **8.6.11. Ausencia de ministerio público.**

Tradicionalmente en Inglaterra no ha existido ministerio público paralelamente a las cortes de justicia; la procuración de justicia y la integración del pliego de consignación estaban a cargo de los ciudadanos (con una gran frecuencia por agentes de policía que actuaban técnicamente en calidad de personas privadas). En 1879, se creó la oficina del Director of Public Prosecution. Su función consistía en tener la iniciativa de la acusación de los delitos de mayor gravedad y coordinar la política de las fuerzas de

policía en materia de acusación. A partir de 1985, se creó el Crown Prosecution Service (CPS) que encabeza el Director of public prosecution. Su función consiste en acumular todas aquellas consignaciones que han sido iniciadas por los agentes de la policía. Entre otras de sus variadas facultades el CPS determina aquellas consignaciones que deben proseguir y aquellas que deben ser enviadas a la reserva

(ya sea porque la pruebas son insuficientes o bien porque no hay interés público para continuar con la consignación). Aún así, si los agentes de policía no inician la consignación, el CPS no puede intervenir.

#### **8.6.12. Ausencia de Ministerio de la Justicia.**

No existe en Inglaterra un ministerio de la justicia stricto sensu. Ningún ministro o secretario de estado puede por sí solo asumir la responsabilidad general de la administración de la justicia. La administración de la justicia proviene de varias dependencias del Gobierno, principalmente la dependencia del Lord Canciller (Lord Chancellor's Department) y del Ministerio del Interior (Home Office).

#### **8.6.13. La regla del precedente**

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

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

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

#### **8.6.14. Significación y alcance de la regla.**

La regla del precedente se ha analizado, en la teoría, atendiendo tres proposiciones muy sencillas:

1. Las decisiones emitidas por la Cámara de los Lores (*House of the Lords*) constituyen precedentes obligatorios, cuyas reglas deben ser observadas por toda jurisdicción, excepto y en forma excepcional por ella misma;
2. Las resoluciones emitidas por la *Court of Appeal* (Corte de Apelación) constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte, y para la misma *Court of Appeal* y
3. Las resoluciones pronunciadas por un juez de la *High Court of Justice* se imponen a las jurisdicciones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones de la *High Court of Justice* y por la *Crown Court*.

Las proposiciones así enunciadas simplifican enormemente su aplicación. En la actualidad puede percibirse una cierta tendencia que postula, sin cuestionar los

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

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

### **8.7. Forma de los juicios ingleses.**

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

Las resoluciones inglesas, estrictamente dicho, se reducen a un simple resolutivo, que da a conocer la decisión pronunciada por el juez que conoce de la controversia; así verbi gratia, X debe pagar tal suma a Y; se rescinde el contrato suscrito entre X y Y; en la sucesión de X quien acredita su derecho a la herencia es tal persona.

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

fórmulas o al enunciado de reglas que, por su generalidad, exceden el marco estricto del proceso.

### **8.7.1. Ratio decidendi y obiter dictum.**

La aplicación de la “regla del precedente” exige de la parte del jurista inglés el análisis de los comentarios de las resoluciones judiciales. En las reasons (razonamientos) invocadas por el juez que funda y motiva sus decisiones; el jurista inglés debe distinguir entre lo que constituye la motivación y fundamentación de la sentencia, la ratio decidendi del juicio, y aquello que se considera obiter dictum, que consiste en toda aquello que el juez expuso sin que le asistiera alguna necesidad de hacerlo.

Solo la ratio decidendi constituye una regla de derecho jurisprudencial, que debe ser observada en lo sucesivo. Lo que resulta obiter dictum, por el contrario, carece de esta autoridad; el valor de las obiter dicta consiste en su valor de persuasión, que depende del prestigio del juez que pronunció la sentencia, de la exactitud de su análisis y de un gran número de otras circunstancias variables, que corresponden a la especie.

### **8.7.2. Distinguishing: la teoría de las distinciones.**

En una sentencia se encuentra por consiguiente la ratio decidendi, que es su fundamento y su motivación; la razón por la que el juez pronunció su sentencia. Pero el juez no expone expresamente la ratio decidendi de la sentencia, es decir cuál es la regla de derecho que se crea en la sentencia; sino su exposición se limita en función, y únicamente en función, de las consideraciones de hecho de la especie. La ratio decidendi se encuentra envuelta en razones obiter dicta; es el juzgador ulterior, al que se le hará valer la obligatoriedad de aplicar la regla de derecho que proviene de una sentencia, como precedente obligatorio, y quien deberá llegar a una cierta solución, buscando la ratio decidendi de la sentencia invocada como precedente, y en función de la ratio decidendi deberá ponderar si se encuentra o no vinculado por ella. En esa forma, al juez le asiste casi siempre la posibilidad de sustraerse del precedente invocado, ya que después del análisis de los hechos que justificaron la creación de la regla de derecho en la primera controversia, pueden diferir de los hechos de la especie sobre los que tiene que resolver; en este caso, el precedente anterior no es un

precedente obligatorio. El juez deberá identificar, entre los hechos existentes en la primera controversia, aquellos que son determinantes (material) y en razón de los cuales la sentencia fue pronunciada y por consiguiente la regla de derecho retenida. Si los hechos de la primera controversia difieren o no, o bien si son exactamente similares, es el juez quien deberá distinguir los hechos de la especie de aquellos del precedente respecto de los cuales estima que no se encuentra vinculado. El distinguishing evita la cristalización del derecho y permite adaptar y hacer evolucionar el derecho gradualmente. Resulta importante ilustrar esta teoría de las distinciones, es extremadamente importante en la vida judicial inglesa.

En el caso *Wilkinson v. Downton* un bromista había falsamente anunciado a una mujer casada que su marido había tenido un accidente; esta mujer fue víctima de una conmoción nerviosa que le generó graves secuelas físicas de consideración. El planteamiento consistía en determinar si una víctima que no había recibido una conmoción física directa sobre su persona, tenía derecho a una compensación por daños y perjuicios, con ese fundamento de perjuicio (tort de trespass). El juez sentenció: “La parte demandada cometió voluntariamente un acto que pudo causar un daño corporal a la víctima... y de hecho causó tal daño... no hay justificaciones que se hayan hechas valer para la comisión de este acto. Este perjuicio voluntario es un acto malévolo, aún cuando no se haya probado que la parte demandada haya actuado con el propósito malévolo y deliberado de causar un daño o que tuviera un motivo de resentimiento”. El juez igualmente puso en relieve que era razonable prever que una persona normal, fácilmente se vería afectada por el anuncio de un accidente de un ser próximo, y que la parte demandada debía entonces saber que le provocaría un daño a la víctima. Las interrogantes para los efectos de esta exposición son las siguientes: ¿cuál es la ratio decidendi? ¿Cuáles son los hechos determinantes? El vocablo empleado en la sentencia es demasiado extensa, “an act”. ¿Hace falta decidir que, todo acto realizado voluntariamente que provoque un perjuicio físico es título suficiente para exigir el pago de daños y perjuicios? ¿Todo acto que causa a una víctima, que es una mujer, un daño físico, da lugar a una reparación? ¿Hace falta resolver que cada vez que una mentira haya sido hecha voluntariamente y haya causado un daño, ha lugar a una reparación? ¿La regla depende de la existencia de un daño físico o bien la presencia de un simple temor sería suficiente? Conforme a los hechos retenidos, formando parte de



la ratio decidendi, el alcance del precedente pudiera ser más o menos general. Si se retiene una ratio decidendi muy amplia, una amenaza o gestos para causar temor, son suficientes para haber causado un daño, y en consecuencia deberían ser considerados en la solución de la nueva controversia; sin embargo, si la ratio decidendi está fundada sobre la existencia de una mentira, el daño causado por una amenaza o un gesto no podrían constituir elementos para ser considerados y obsequiar la reparación de los daños y perjuicios, que se intentarán obtener, fundándose en este precedente. De hecho todo depende del grado de abstracción que le quiera conceder el juez. Para poder llegar a cierto grado de abstracción, el juez debe conocer y comprender lo que fundó y motivó la sentencia pronunciada por el juez anterior, invocada como precedente; a todo esto debe añadirse el conocimiento general del derecho y de una cierta manera, “sentir” lo que debe ser el derecho. Identificar la ratio decidendi de una sentencia es una tarea ardua, reservada a juristas experimentados y de grandes talentos, como lo son todos los jueces de las Cortes Superiores inglesas.

La regla del precedente en la Equity. El campo natural de aplicación de la regla del precedente es, en el derecho inglés, el *common law* strictu sensu. Lo que es de sorprender, en este ámbito, es cómo la regla del precedente haya tardado tanto tiempo en ser reconocida, y no tanto en como haya sido admitida. El Equity tiene un diverso planteamiento: la regla del precedente no pudo ser admitida con todo su rigor, en este segundo ámbito, hasta en tanto la Equity perdió su carácter originario, cuando dejó propiamente de ser Equity para desarrollarse como un conjunto de reglas de derecho cuya función fue complementar o rectificar el *common law*. De hecho, se observa actualmente muy pocas diferencias entre la manera en que la regla del precedente funciona, ya sea en el ámbito del *common law* strictu sensu o de la Equity. La regla del precedente tiene el mismo rigor en los dos ámbitos.

El poder “discrecional” que poseen las Cortes inglesas en lo que concierne a la aplicación de las reglas de la Equity pudiera conducir a una ilusión vana; la “discreción” del juez se ejerce siempre de la manera que precisan numerosos precedentes.

### **8.7.3.Regla del precedente y statute law.**

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

Un ejemplo reciente ilustra la evolución de la interpretación de la ley por los jueces y de la aplicación de la regla del precedente. Los jueces ingleses actualmente interpretan y aplican las disposiciones de la Human Rights Act, 1998. Esta ley prevé que las Cortes inglesas están sometidas a una obligación de interpretación que sea consistente con sus postulados; en lo sucesivo los jueces ingleses deben procurar interpretar la ley de conformidad con los derechos establecidos por la Convención Europea pero, la interpretación de las leyes inglesas hecha por las Cortes en precedentes anteriores a la Human Rights Act, bien no podían haberse pronunciado de conformidad con los derechos previstos por la Convención. La regla del precedente aplicada estrictamente, impondría al juez respetar el precedente anterior. Pero por el efecto de la Human Rights Act, esta interpretación anterior a la entrada en vigor de la Convención debe abandonarse, ya que las Cortes deben en lo sucesivo resolverse de conformidad con los derechos previstos por la Convención, y “tomar en cuenta” la

#### **8.7.4. Publicación de los precedentes.**

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

#### **8.7.5. Manera de citar las decisiones judiciales.**

Las decisiones judiciales inglesas no deben ser citadas como las sentencias o resoluciones francesas. La manera correcta de citarlas es la siguiente: Read v. Lyons [1947] A.C. 156. Normalmente el primer nombre corresponde a la parte actora y el segundo corresponde al de la parte demandada. La letra “v.” que se intercala entre estos dos nombres, es la abreviación de la palabra versus, pero en el lenguaje jurídico

inglés se le pronuncia cómo, and y no versus. Las posteriores indicaciones dan cuenta que la sentencia fue incluida en la colección conocida como Law Reports, serie Appeal cases, (donde se incluyen las sentencias pronunciadas por la Cámara de los Lores (House of the Lords) y el Comité Judicial del Privy Council), volumen 1947, en las páginas 156 y siguientes. El significado de las letras, a través de las cuales nos referimos a los diferentes compendios de jurisprudencia, le es bastante familiar a los juristas ingleses.

#### **8.7.6. Compilaciones de jurisprudencia.**

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

## **8.8. NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA**

### **8.8.1. NATURALEZA**

El derecho inglés, que se explica cómo una síntesis de los diversos procedimientos del *common law*, continúa siendo esencialmente un derecho jurisprudencial (case law), aún cuando es necesario precisar que en este derecho existen cada vez con mayor frecuencia un número importante de leyes que reglamentan otras tantas disciplinas del

derecho; esas reglas deben ser identificadas fundamentalmente, en la ratio decidendi de las resoluciones emitidas por las cortes superiores de Inglaterra. En la medida en que pronuncia declaraciones que no son estrictamente necesarias para la solución de la controversia, el juez inglés se expresa obiter, emite opiniones que pueden siempre ser cuestionadas y discutidas, ya que no constituyen en sentido estricto reglas de derecho. La legal rule se ubica en consecuencia a nivel del caso concreto, en ocasión del cual se ha formulado, a fin de resolver el caso concreto. Sería imposible conceptualizarla en una jerarquía normativa superior sin llegar a desnaturalizar el derecho inglés, haciendo un derecho doctrinal; los juristas ingleses se han mostrado particularmente reticentes a tal transformación; y los juristas en la práctica sólo adoptan las reglas de derecho formuladas por el legislador, aún cuando requieran de una mínima interpretación, únicamente cuando han sido efectivamente interpretadas por la jurisprudencia; de esta manera, las aplicaciones jurisprudenciales equivalen, en el sistema de derecho inglés, a las disposiciones dictadas por el legislador.

### **8.8.2. JUSTIFICACION**

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

sido elaboradas a este respecto, que resultaban necesarias si se quería obtener veredictos razonables por parte de jurados ignorantes y expuestos fácilmente a la emotividad. El procedimiento, consecuentemente se va colocar como la principal preocupación de los abogados practicantes ingleses; su buen sentido les hizo comprender que carecía de sentido tener razón, si no se puede lograr que se haga justicia. El derecho inglés permaneció en cuanto a reglas de fondo hasta el siglo XIX, extraordinariamente impreciso y sin adoptar forma alguna. El derecho inglés de los contratos, particularmente nace, se puede afirmar, a partir de los siglos XIX y XX.

### **8.9. EL PROCEDIMIENTO INGLÉS ACTUAL.**

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

Conforme a un enfoque tradicional, el procedimiento que se observa ante las cortes de justicia, permanece en substancia el mismo del que se desahogaba cuando la presencia del jurado era habitual; en la actualidad la presencia del jurado, es necesario puntualizarlo, resulta excepcional en materia civil y también en materia penal. A partir de esta perspectiva, el procedimiento se prepara cuidadosamente, de tal manera que los puntos de desavenencia aparecen claramente entre las partes, y puedan ser resueltos mediante la respuesta afirmativa o negativa, que corresponde a la práctica francesa en donde la única jurisdicción que recurre a un jurado es la Corte penal (*cours d'assises*). El procedimiento deriva en una audiencia pública, *the day in Court*, donde los puntos de desavenencia son elucidados mediante una técnica de prueba completamente oral —audición de testigos—, que son interrogados sucesivamente por los abogados de las dos partes (*examination-in-chief* y *cross-*

examination): no existe expediente alguno de la controversia; todo debe desahogarse oralmente en la audiencia, en la que un jurado en el pasado analfabeta debe formarse su criterio. Ciertas pruebas son excluidas, tanto en materia civil como criminal, ya que podrían producir un efecto indebido en el espíritu de unos jurados a los que se supone todavía ignorantes; el derecho inglés se caracteriza por la riqueza y por la tecnicidad, considerada por algunos como excesiva, de su sistema probatorio. Por efecto de todas estas reglas, el procedimiento ha conservado en Inglaterra una importancia capital en comparación con los países del continente europeo, sobre todo si se considera al derecho inglés en sus partes tradicionales, aquellas que constituyen lo que se ha llamado el derecho de los juristas (*lawyer's law*).

Sin embargo, la administración de la justicia en Inglaterra adoleció de ciertas disfunciones, específicamente de cierta lentitud, de un alto costo y de una particular complejidad. A fin de remediar estos problemas, se creó una Comisión presidida por un juez de gran renombre, Lord Woolf, que resumió su trabajo en un informe. Al informe de Lord Woolf le sucedieron una serie de importantes reformas, en donde se introdujeron nuevas reglas de procedimiento civil que modificaron sensiblemente el carácter de la administración de justicia civil en Inglaterra.

Los poderes de los jueces en la conducción del proceso fueron incementados. La tradición inglesa deja al cuidado de las partes la preparación de la audiencia y de decidir los planteamientos llevadas ante el juez. Las partes asumen lo esencial de la iniciativa y del seguimiento del proceso; ellas determinan el ritmo del proceso. La función del juez consiste en resolver los planteamientos elegidos por las partes en el momento en que éstas decidan llevarlas a la corte. En la actualidad empero, los jueces están más implicados en la gestión del desarrollo del litigio. Este nuevo enfoque del procedimiento de case management tiende a limitar los retrasos a veces creados por las partes en el litigio (intentar inducir a la parte económicamente más débil a aceptar compromisos que le son adversos). Este nuevo enfoque se aleja de la función pasiva del juez que es característico del sistema "adversarial". El informe de Lord Woolf hace explícita referencia al enfoque más intervencionista del juez, de los países romanistas. El informe de Lord Woolf se ha auto calificado en una posición "mid-channel" (a media Mancha). Los mecanismos del nuevo procedimiento civil miran a crear un nuevo ambiente de cooperación entre las partes, abreviar la duración del

proceso, reducir su costo, permitirle al juez dirigir el procedimiento y alentar los métodos alternativos de solución de controversias.

#### **8.10. ESPÍRITU ACTUAL DE LOS JURISTAS INGLESES.**

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

El postulado que el inculpado debe tener un fair trial (ser tratado con lealtad en un procedimiento equitativo), y el postulado que sostiene que antes de reglamentar, se debe observar un procedimiento regular (the rules of natural justice) constituyen los postulados centrales del derecho inglés, derecho conceptualizado desde una perspectiva esencialmente contenciosa y que por momentos pareciera ocuparse más de la administración de la justicia, que de la justicia misma.

Las dos cosas evidentemente, no pueden ser disociadas. Para el jurista inglés es fundamental seguir un procedimiento bien reglamentado y que se distingue por su lealtad concluirá casi seguramente, según lo sostiene el jurista inglés, en una solución de justicia. La atención de los juristas ingleses quedó vertida durante siglos en el procedimiento que se ha venido desplazando lentamente hacia las reglas de fondo del derecho.

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

Las dos actitudes han sido, indudablemente determinadas por su respectiva historia. La actitud inglesa se estableció en forma natural en un país donde no existía un cuerpo de reglas de derecho al cual referirse, y donde los jueces estaban convocados a construir,

empíricamente, el *common law*. La actitud francesa se explica, a la inversa, por la recepción, o al menos por el prestigio del derecho romano, del cual se acepta su herencia.

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

La diferencia estructural que puede observarse a nivel de las grandes divisiones del derecho, con la división del *common law* y de la equity o substantive law y adjective law, así como el rechazo o desconocimiento de las distinciones básicas del derecho continental, la encontramos también en el plano inferior, pero fundamental, de los conceptos. En este ámbito el jurista francés no encuentra frecuentemente los conceptos que gobiernan su derecho: las nociones de personalidad jurídica, de establecimiento público, de dolo, de contravención, no existen en el derecho inglés. Para expresarse en términos más comprensibles este sistema de derecho, emplea conceptos o nociones tales como el de domicile of origin, de indictable offence, de perpetuity, de charity o de injunction, que no tienen una equivalencia funcional en el derecho francés.

## **8.11. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMMON LAW**

En la actualidad, la diferencia señalada entre ambos sistemas es cada vez menor, pues se verifica en el Derecho anglosajón una fuerte tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando paulatinamente los antiguos precedentes judiciales y los van reemplazando por normas escritas. Este fenómeno es posible gracias a la enorme flexibilidad que caracteriza al



Derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impuesto un carácter más "rígido". La mencionada flexibilidad del Derecho anglosajón puede comprobarse en la circunstancia de que el mismo comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario o costumbrista, en el que la principal fuente de derecho eran las costumbres, que se conocían como "derecho común" ("common law"). Posteriormente, y debido a la actuación de los tribunales judiciales, evolucionó hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, y el sistema pasó a convertirse en uno de "derecho jurisprudencial". Queda por ver, ahora, si la mencionada tendencia hacia la codificación que modernamente se verifica en los Estados enrolados en el sistema anglosajón, no termina por convertirlo, también, en un sistema "legalista", como es el continental.

### **8.11.1. INCONVENIENTES DEL COMMON LAW**

En apariencia este sistema se muestra, inconexo y falta de claridad, debido a que el juez al aplicar el Common Law no está sujeto a ninguna ley escrita, hace pensar que su esfera de acción es mucho más amplia que la nuestra.

Pero en la práctica no es así, pues este sistema está vinculado con una concepción social individualista y es insuficiente para expresar las transformaciones que debe acoger el estado contemporáneo.

### **8.11.2 VENTAJAS DEL COMMON LAW**

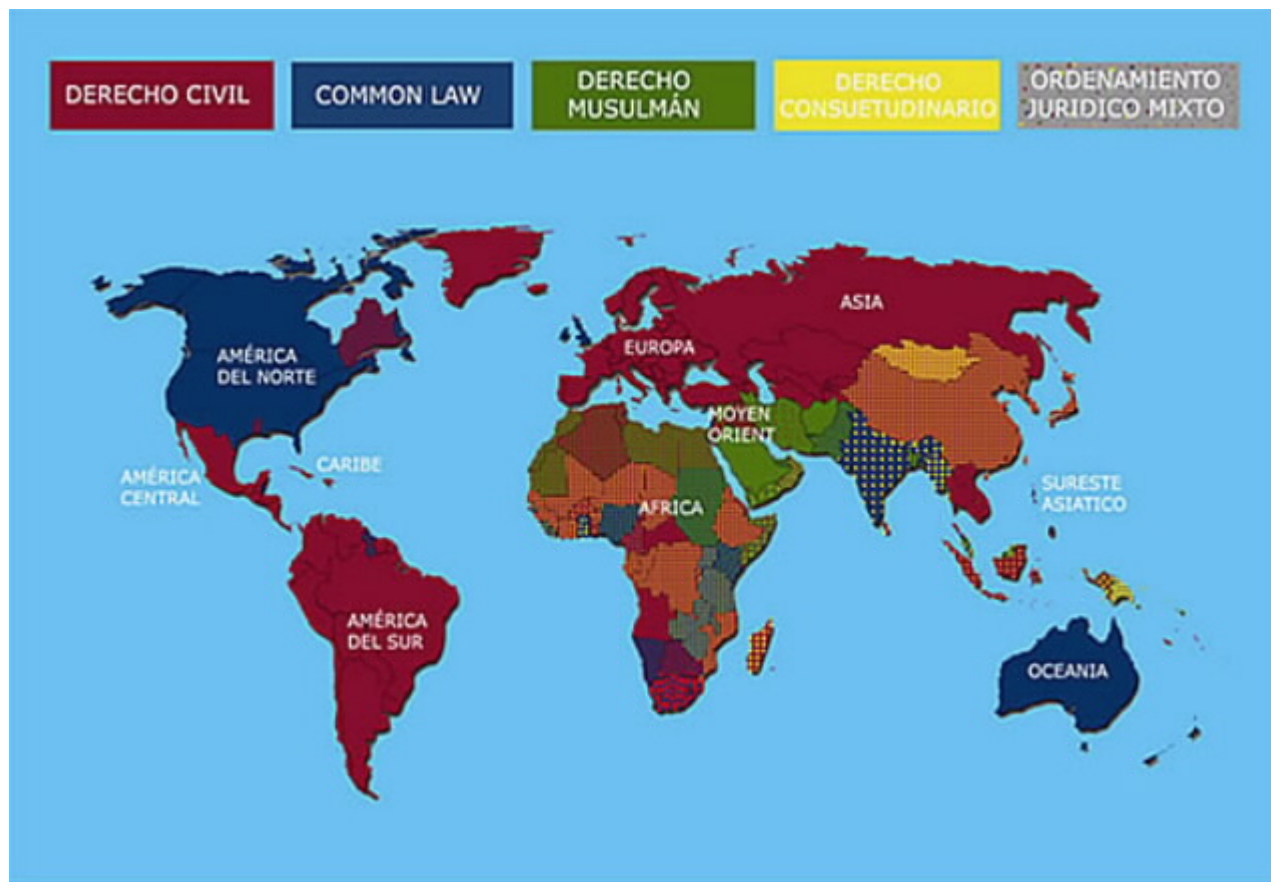
No tiene su origen en el legislador ni está sujeto a sus caprichos, mientras se lo respete los ciudadanos tienen aseguradas sus libertades. El alejamiento de toda teorización tiene la ventaja de desarrollar en los magistrados y en los juristas un agudo sentido práctico.

## **8.12. CONTINENTES Y PAÍSES DONDE SE APLICA.**

Sistemas basados en el Derecho anglosajón o provenientes de la corriente de éste son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá (con la excepción de Quebec, provincia en la cual se utiliza el sistema de derecho continental en el derecho

civil y el derecho anglosajón en el derecho penal). En los Estados Unidos está la excepción del estado de Luisiana, el cual, derivado de su herencia francesa, utiliza un sistema de derecho continental. En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, lo cual está garantizado por su constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía ha retornado a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur.

En África utiliza Sudáfrica igualmente el sistema de derecho anglosajón.



Cuadro esquemático en el que se muestran los distintos sistemas jurídicos clásicos usados en el mundo.

### 8.13. EL COMMON LAW EN BOLIVIA

En nuestro país el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal, y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. - Mientras que nuestro jurista busca la ley escrita los principios del derecho, el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del Common law.

Aquí podemos ver algunas normas que aplican la jurisprudencia (propia del sistema Common Law) en algunos casos:

1.- Ley 007 de 08 de mayo de 2010, llamada de modificaciones al Código penal, cuya disposición final, establece que “La autoridad Jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos, con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema”

2.- Artículo 203. CPE.- Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

3.- El Tribunal Constitucional, en la SC 101/2004, ha entendido que “...el Estado de Derecho no sólo se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, sino por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades públicas) que, desde el punto moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social”.

## 9. CONCLUSIONES

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

**9.1. La costumbre.** Debe abandonarse toda idea a la que con frecuencia se recurre, que

el derecho inglés es un derecho consuetudinario. Esta idea tiene su origen en la creencia sustentada por muchos juristas del continente europeo en una rígida dicotomía: o el derecho es escrito y se funda en códigos, o es un derecho no escrito, y por consecuencia es un derecho consuetudinario. El derecho inglés jamás ha sido consuetudinario: es un derecho jurisprudencial. El *common law* desplazó precisamente al derecho consuetudinario de Inglaterra, que se localizaba en las costumbres anglosajonas locales. La función actual de la regla del precedente ignora la noción, próxima a la costumbre de la jurisprudencia constante (la *standige Rechtsprechung* alemana); el precedente obligatorio está constituido por una sola sentencia, pronunciada por una jurisdicción de determinada categoría.

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

juristas ingleses y éstos no queda integrados al sistema del *common law* hasta en tanto hayan sido aplicados, reformulados y desarrollados, por resoluciones jurisprudenciales.

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

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

**9.4. La técnica de las distinciones.** La técnica de las distinciones es la técnica fundamental del derecho inglés. La formación de juristas ingleses consiste en dominar esta técnica, a percibir sus posibilidades y de igual manera fijar los límites posibles de su empleo. Este estado de cosas es análogo al que se observa en el continente europeo, cuando se discute los alcances de la interpretación de la ley. No existen cánones estrictos para la interpretación de la ley; se requiere de cierta sensibilidad que debe ser desarrollada, para percibir en qué medida se puede recurrir a cierto método de

interpretación, y si al emplearlo se tuviera posibilidades de éxito para revertir una jurisprudencia. De la misma forma se hace en Inglaterra. En Inglaterra no se postula la reversión de la jurisprudencia, ya que es un derecho que gravita en torno de los precedentes, que son una necesidad en el derecho jurisprudencial. Pero se llega a resultados análogos, sin someter a turbulencias el cuerpo normativo a través de la técnica de las distinciones de la misma manera, como en Francia, en donde se insertan nuevas soluciones al vaciarlas en el molde, aparentemente inalterable, de las reglas de los códigos.

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

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

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

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

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

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

de gravedad: Esta noción es la razón.

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

Si bien en Inglaterra, como en Francia, las vías empleadas para identificar las reglas de derecho han sido diferentes, durante el transcurso del tiempo prevaleció una misma concepción de principio del derecho: el derecho es ante todo razón, *lex est aliquid rationis*. Esta concepción fue aparentemente repudiada, en el continente europeo, en el siglo XIX, con la preeminencia de la doctrina positivista que equiparó al derecho con la ley. Una tendencia clara se expresa aún en la actualidad para retomarla. Se encuentra vigente en Inglaterra, en donde el sistema de derecho todavía hoy en día, es una obra de la razón que difiere de la ley. Nos parece normal agregar al vocablo derecho un epíteto nacional (derecho francés, derecho belga, derecho helénico, entre otros muchos) y no son pocos quienes albergan la duda que exista un derecho al margen de este epíteto. La concepción que el derecho es razón, despierta por el contrario en el ánimo de los juristas ingleses un cierto sentimiento, que se ajusta a su tradición, del carácter supranacional, o más bien carente de nacionalidad, del derecho. El vocablo *common law* se emplea sin epíteto. No se quiere ver en el *common law* un sistema de derecho nacional; es: “la herencia común de las naciones de lengua inglesa”, cuya vocación está llamada a desempeñar una función similar al que en Europa continental tuvo el sistema de derecho romano, hasta la época de las codificaciones.

En la práctica existen diferencias importantes entre los derechos de los diferentes países del *common law*. Esto quedará evidenciado con motivo del análisis del derecho de los Estados Unidos de América. Resulta pertinente concluir, sin embargo el desarrollo del análisis del derecho inglés, con especial énfasis en la concepción no nacional de un derecho, que se encuentra fundado en la razón, que



caracteriza al *common law*. Es en efecto, contraria a la concepción soviética del derecho. Es la razón el elemento de base que da una unidad a los derechos del mundo occidental, elevándolos por encima de lo arbitrario de las políticas nacionales. Es este elemento común a las naciones occidentales, que podría, sin lugar a dudas permitir algún día, en ciertos ámbitos, un derecho común en los Estados que conforman la Unión Europea.

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

### **FUENTES BIBLIOGRÁFICAS**

#### **➤ LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS**

**AUTOR:** RENÉ DAVID CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, PAG. 207 -305

➤ **DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

**AUTOR:** GUIUSEPPE DE VERGOTTINI, Universidad Nacional Autónoma de México, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

➤ **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO**

**AUTOR :** SARFATTI MARIO, Universidad Nacional Autónoma de México, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

➤ **FUENTES DEL DERECHO COMPARADO.**

**AUTOR:** PEGORARO, LUCIO RINELLA, ANGELO COAU, GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO PROL, PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F. Universidad de lima-Perú

**ENLACES DE INTERNET**

**Fecha de acceso**

- <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=118> (9/07/2012)
- <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-common-law> (9/07/2012)
- [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_anglosaj%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_anglosaj%C3%B3n) (10/07/2012)
- <http://www.monografias.com/trabajos11/parcuno/parcuno.shtml> (10/07/2012)
- [http://html.rincondelvago.com/common-law\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/common-law_1.html) (12/07/2012)
- [http://es.wikipedia.org/wiki/Precedente\\_judicial](http://es.wikipedia.org/wiki/Precedente_judicial) (12/07/2012)

**ÍNDICE**

1. RESUMEN	3
2. INTRODUCCIÓN	4
3. MARCO METODOLÓGICO	5
3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
3.2. OBJETIVOS	6
3.3.1. OBJETIVO GENERAL	6
3.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	6

4. DELIMITACIÓN	6
4.2. SUSTANTIVA	6
4.3. GEOGRÁFICA	6
4.3. TEMPORAL	6
5. METODOLOGÍA	7
a. ANALISIS DESCRIPTIVO	7
6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	7
7. MARCO REFERENCIAL	7
7.1. MARCO CONCEPTUAL	7
7.2. MARCO HISTÓRICO	8
7.3. MARCO TEÓRICO	9
8. TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	10
8.1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS	10
8.1.1. ORIGENES	11
8.2. HISTORIA DEL DERECHO INGLÉS	12
8.2.1. PRIMERA ÉPOCA.	12
8.2.2. SEGUNDA ÉPOCA	12
8.2.3. TERCERA ÉPOCA	24
8.2.4. CUARTA ÉPOCA	28
8.3. CONCEPTO DE COMMON LAW	33
8.4. FUENTES DE DERECHO PRINCIPAL	34
8.4.1 LA JURISPRUDENCIA	34
8.4.1.1. La regla del precedente	34
8.4.1.2. Significación y alcance de la regla	36
8.5. FUENTES SECUNDARIAS DEL DERECHO COMMON LAW	37
8.5.1. LA LEY	37
8.5.2. LA COSTUMBRE	38
8.5.3. LA DOCTRINA Y LA RAZÓN	40
8.6. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SUS PROCEDIMIENTOS.	42
8.6.1. Diferentes tipos de jurisdicción	42
8.6.2. Cortes superiores	43
8.6.3. Cámara de los Loes	45
8.6.4. Comité judicial del Privy Council	46
8.6.5. El Comité judicial del Privy Council	46
8.6.6. Jurisdicciones inferiores	47

8.6.7. El contencioso “cuasi-judicial”	49
8.6.8. Un Council on Tribunals	50
8.6.9. El Poder Judicial	51
8.6.10. Concentración de la justicia inglesa	53
8.6.11. Ausencia de ministerio público.	53
8.6.12. Ausencia de Ministerio de la Justicia	54
8.6.13. La regla del precedente	54
8.6.13.1. Significación y alcance de la regla	55
8.7. Forma de los juicios ingleses.	56
8.7.1. Ratio decidendi y obiter dictum	57
8.7.2. Distinguishing: la teoría de las distinciones	57
8.7.3. Regla del precedente y statute law	60
8.7.4. Publicación de los precedentes	61
8.7.5. Manera de citar las decisiones judiciales	61
8.7.6. Compilaciones de jurisprudencia	61
8.8. NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA	62
8.8.1. NATURALEZA	62
8.8.2. JUSTIFICACION	62
8.9. El procedimiento inglés actual.	63
8.10. Espíritu actual de los juristas ingleses.	65
8.11. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMMON LAW	67
8.11.1. INCONVENIENTES DEL COMMON LAW	67
8.11.2. VENTAJAS DEL COMMON LAW	67
8.12. CONTINENTES Y PAÍSES DONDE SE APLICA	68
8.13. EL COMMON LAW EN BOLIVIA	68
9. CONCLUSIONES	70
10. BIBLIOGRAFÍA	76