

Juan Carlos Marín González*

Notas sobre la evolución del derecho inglés

1. El derecho inglés

Es bueno tener presente que cuando hablamos del Derecho inglés nos estamos refiriendo al Derecho que rige en Inglaterra y en el País de Gales. No es ni el Derecho del Reino Unido ni de la Gran Bretaña, ya que Irlanda del Norte, de una parte, y Escocia, de la otra, tienen su propio Ordenamiento jurídico y sus propios tribunales.¹

No es necesario ahondar en la importancia que ha tenido este Derecho en el devenir histórico de muchas civilizaciones. Basta señalar que ha sido el modelo inspirador de los Ordenamientos jurídicos de buena parte de la humanidad, cuna de la tradición del *Common law*,² continuando, hoy en día, como fuente de conocimiento y respeto de numerosos países.³

En la tradición del *Common law*, debido a la enorme fuerza que tiene el precedente judicial, el jurista razona de forma inductiva. El Derecho históricamente se ha elaborado de caso en caso, de decisión en decisión, sin que previamente exista una regla abstracta que contemple el problema a resolver. Es un sistema abierto, flexible, asentado en la realidad, en el cual el derecho se va creando en la medida que el juez, al surtir la controversia, emite una decisión y crea una nueva regla.

* Abogado,
Investigador del
Centro de Estudios
de la Justicia,
Facultad de
Derecho,
Universidad de
Chile.

- 1 La *Act of Union* dada para Inglaterra y Escocia el año 1707 garantizó la independencia de los tribunales escoceses y la preservación del derecho escocés, particularmente en áreas como la responsabilidad extracontractual, contratos y delitos. No olvidemos, asimismo, que el sistema jurídico escocés difiere del inglés no sólo en su sustancia, sino también en carácter y tradición al haber recibido la influencia del derecho romano. Para una visión general de las fuentes escocesas y con abundante bibliografía vid. KIRALFY-MACQUEEN, *New perspectives in scottish legal history*, Londres, 1984. Asimismo, vid. MACKAY COOPER, "The Common and the Civil law - A Scot's view-", en *Harvard law review*, (1949-1950), vol. 63, págs. 468-475.
- 2 El concepto amplio de *Common law* abarca todos aquellos países que inspirados en la tradición jurídica inglesa han mantenido un ordenamiento jurídico heredado de Inglaterra. Entre los más importantes podemos mencionar EEUU, Canadá (excluido Quebec), Australia y Nueva Zelanda.
- 3 Sintomático de ello es la adaptación tanto en Australia como en Nueva Zelanda de las recientes *injunctions* del derecho inglés *Mareva injunctions* y *Anton piller orders*. Vid. TILBURY-NOONE-KERCHER, *Remedies comentary and materials*, Sydney, 2ª. ed. 2ª. impresión, 1995, págs. 788 y ss.

En la tradición Continental, por el contrario, el jurista efectúa una labor deductiva, esto es, a partir de una norma elaborada en abstracto por el legislador, aquel razona en dirección del caso concreto que debe resolver. Para ello cuenta con una serie de reglas o cánones de interpretación, con los cuales buscará la intención o propósito de la ley más que un sentido literal de las palabras utilizadas. Es un sistema cerrado, que no presenta lagunas en su interior, en que todo el Derecho, o su mayor parte, se contempla en un código.

La anterior, en verdad, es una visión extrema de ambas tradiciones. Lo cierto es que actualmente las diferencias entre uno y otro sistema se encuentran bastante atenuadas. En las últimas décadas ha habido un proceso de acercamiento entre el Derecho inglés y el de la Europa continental. No sin exagerar, algún autor ha llegado a sostener que el Derecho inglés presenta en estos días una mayor similitud con el Derecho continental que con el vigente en EEUU.⁴

Si bien el precedente judicial en el derecho del *Common law* es especialmente importante, en cuanto fuente de creación del derecho, hoy en día la principal fuente la constituyen las leyes (*Acts*) emanadas del Parlamento. Así, por ejemplo, el derecho relacionado con la venta de bienes (*Sale of goods Act de 1979*), el derecho sobre sociedades (*Partnership Act de 1890*) o la controvertida nueva ley de navegación del año 1988 (*Merchant Shipping Act*), son todas materias que corresponden, en la terminología inglesa, a las leyes escritas (o formalmente aprobadas) en oposición a las leyes no escritas o precedente judicial. Cuando el juez inglés aplica alguna de estas u otras leyes (y esto es gran parte de su labor actual) se encuentra en una posición muy similar a la del juez continental cuando éste tiene que aplicar un código. Por su parte, en el sistema Continental el respeto por los casos decididos es cada vez más importante. Sin llegar al grado de vinculación que tiene el precedente en el Derecho inglés, hoy en día las numerosas y extensas colecciones de fallos forman parte del equipo profesional de cualquier estudio de abogados en España, Francia, Italia o Chile. Para un jurista del continente no es posible comprender la actuación de su Derecho sin referencias constantes a las colecciones de jurisprudencia publicadas periódicamente.

2. Desarrollo del derecho inglés

Para comprender cabalmente la estructura, complejidad y las actuales características que presenta el Derecho inglés es necesaria una visión histórica del mismo. Ningún otro ordenamiento jurídico en Europa ha permanecido tan fiel a sus orígenes y tradiciones como lo ha hecho este Derecho. La influencia del Derecho romano, cuyo renacer fue decisivo en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos en los países de la Europa continental, resultó insignificante en su crecimiento. No hubo en Inglaterra una revolución como la de 1789 en Francia que rompiera con el Antiguo Régimen y

4 Vid. POSNER, *Law and legal theory in England and America*, Oxford, 1996, págs. 20 y ss. Vid. también LEVITSKY, "The europeanization of the british legal style", en *The american journal of comparative law*, (1994), vol. 42, N° 2, págs. 347-380.

lo remplazara por un nuevo sistema legal. De allí que sea necesario un breve recorrido por su historia a efectos de comprender mejor el porqué este derecho se desarrolló en forma autónoma, con mínimos contactos con el continente y con una continuidad que “ninguna revolución ha venido a turbar”.⁵

2.1. *Nacimiento y evolución*

La historia de este Derecho comienza el año 1066 d.c. cuando los normandos, bajo las órdenes de Guillermo el Conquistador, derrotan a los anglosajones en la batalla de Hastings. De este modo, y en los años siguientes, los normandos gradualmente dominarán la mayor parte de las Islas Británicas. Al respecto, es útil tener presente que con anterioridad a la conquista normanda no existía en Inglaterra un sistema legal de carácter nacional y unitario.⁶ El Derecho que regía en Inglaterra, en su mayor parte, era administrado por diferentes tribunales locales (*local courts*) quienes aplicaban el Derecho consuetudinario vigente en cada comarca. A esta jurisdicción de los *local courts* había que añadir una serie de jurisdicciones privadas pertenecientes a los grandes propietarios de tierras, ya fueran éstos laicos o eclesiásticos. El resultado era que en los tiempos de la conquista normanda Inglaterra se encontraba cubierta de una red de tribunales que aplicaban derechos y principios diferentes: del rey, de la iglesia, de los caballeros feudales y de las antiguas comunidades.⁷

Asimismo, debe tenerse en cuenta que ni Guillermo el Conquistador ni sus sucesores derogaron estas costumbres locales o introdujeron algún repentino cambio en el Derecho vigente en Inglaterra en aquella época. Tampoco realizaron alguna modificación en los varios tipos de *local courts* que administraban aquellos usos. Incluso, en un primer momento, el efecto que generó la conquista normanda fue incrementar y no disminuir la confusa masa de costumbres locales que se aplicaba por dichos tribunales. Sin embargo, el profundo efecto que producirá el nuevo sistema de administración central implementado por los normandos será decisivo en el nacimiento y desarrollo del futuro derecho inglés, esto es, del *Common law*. En este sentido, según observa Holdsworth, la conquista de los normandos otorgó a Inglaterra lo que ella más necesitaba: un soberano fuerte con suficiente poder para hacer sentir su influencia en todo el reino.⁸

La conquista normanda, observa Cannata, no modificó en nada esta situación –se refiere a la existencia de tribunales de un condado, de una centena y los tribunales de los señores feudales–. Pero progresivamente se encontró radicalmente transformado por ello bajo el efecto del éxito de una política de concentración de la jurisdicción en los tribunales reales (*Curia regia*) que logró poco a poco atraer hacia sí todas las causas anteriormente tratadas en los tribunales locales.⁹

5 DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2a. ed. francesa de Pedro Bravo, Madrid, 1973, pág. 242. En el mismo sentido vid.: JACOB, *The fabric of English civil justice*, Londres, 1987, pág. 6.

6 SLAPPER-KELLY, *Principles of the English legal system*, Londres, 3a. ed., 1997, pág. 3.

7 HOLDSWORTH, *A history of English law*, Londres, 7a. ed., 1956, reimpresión en 1982, vol. 1, págs. 3 y 4.

8 HOLDSWORTH, *A history...*, ob. cit., pág. 4.

9 *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Massón, Madrid, 1996, pág. 210.

Uno de los logros de Guillermo y de sus sucesores fue el temprano establecimiento en Inglaterra de un sistema feudal. Este sistema –de carácter estructurado y piramidal– tenía al rey como supremo señor (*lord paramount*), a los caballeros normandos como señores feudales (de acuerdo con el reparto de tierras al que en seguida me referiré) y en su base a la gran masa de siervos o campesinos que cultivaban las tierras de estos señores. Guillermo I se sentía legítimo heredero del trono de los Anglosajones, por lo mismo, consideraba que había adquirido las tierras de Inglaterra por herencia y no por conquista. En consecuencia, procedió a dividir las tierras en feudos (*fees*) entre sus más importantes seguidores (*tenants in chief*, principalmente los caballeros normandos que lo habían ayudado en la conquista), quienes, como contrapartida, juraban fidelidad, se obligaban a prestar servicios y a pagar importantes sumas de dinero. A su vez, estos señores, conservaban para sí parte de las tierras que el rey les había otorgado, y el resto las entregaban a personas de rango inferior (*tenants de subtenures*) para su uso y cultivo. En teoría esta cadena de subarriendos no tenía límites, pero conservaba un origen común, a saber, los derechos del rey.¹⁰ En consecuencia, desde muy temprano en Inglaterra todo título sobre las tierras (*feudum*) tuvo su origen directa o indirectamente en la corona.¹¹

Con todo, el sistema feudal inglés va a diferir del que surge en esa época en Alemania o Francia. En efecto, Guillermo y sus sucesores se pecataron de que las tierras adquiridas se encontraban geográficamente dispersas, de allí que grandes latifundios sólo fueron permitidos en los límites del reino, a fin de protegerlos de posibles ataques de sus vecinos escoceses o galeses. Estos grandes latifundios no representaron ninguna amenaza para el monarca. Los barones en Inglaterra nunca tuvieron el poder que lograron los barones franceses o alemanes, cuya influencia política excedió con mucho la autoridad central del rey.¹²

El conquistador ha sabido guardarse contra el peligro que hubieran representado para él vasallos demasiados poderosos; entre la distribución de tierras realizada entre sus fieles, no ha constituido ningún gran feudo, de tal forma que ningún “barón” pueda rivalizar en poderío con él.¹³

El establecimiento de este temprano sistema feudal con el rey a su cabeza, junto al enorme talento que los normandos mostraron en la organización del reino –en parte debido a la rica la experiencia administrativa que habían adquirido tanto en el Ducado de Normandía

10 “Z poseía inmediatamente de Y, quien poseía de X, quien poseía de V, quien poseía... de A, quien poseía del rey”. POLLOCK-MAITLAND, *The history of English law*, Cambridge, 2ª ed., 1898, reimpresa en 1952, vol. 2, pág. 233.

11 Incluso, hoy en día, al menos teóricamente se considera que todas las tierras en Inglaterra son propiedad de la corona y los ciudadanos no tienen más que un limitado derecho a usar parte de ellas.

12 Vid. ZWEIGERT-KÖTZ, *An introduction to comparative law*, trad. de la versión alemana de Tony Wear, Oxford, 2ª ed., 1987, pág. 190. De hecho, los barones franceses sólo serán sometidos en el siglo XIV y los alemanes no lo serán en toda la Edad Media. *Idem*, pág. 190.

13 DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 244.

como en Sicilia–, les permitió desarrollar una efectiva autoridad real central. Esta fuerte autoridad les permitió, asimismo, sentar las bases de un nuevo sistema fiscal (*tax system*).¹⁴ Los más importantes contribuyentes serán los grandes propietarios de tierras, entre ellos especialmente los *tenants in chief*, esto es, aquellos propietarios cuyos derechos sobre la tierra emanaban directamente del rey. El funcionamiento de este nuevo sistema fiscal otorgó al monarca una importante fuente de recursos, de allí su interés en mantener su buen desarrollo y su deseo de solucionar con prontitud los problemas y conflictos que de él pudieren derivarse. En consecuencia, el rey va a tener jurisdicción exclusiva para juzgar aquellas situaciones en que se veía involucrado uno de estos contribuyentes.

De este modo, como se aprecia, las razones fiscales facilitaron la ampliación de la jurisdicción de los tribunales del rey. Si bien en principio esta jurisdicción fue excepcional, en cuanto que sólo podían acceder a ella el rey, los nobles en defensa de sus intereses y en aquellas situaciones en que se comprometía la paz del reino, lentamente el resto de la población fue accediendo a ella. De este modo, y pese a la oposición de los señores feudales, la administración de justicia pasará gradualmente de manos de los *local courts* a mano de los tribunales de *Westminster*.

Enrique II revolucionó el sistema de derecho en Inglaterra básicamente al imponer la jurisdicción real y el derecho real a los asuntos penales y civiles que antes habían estado dentro de la jurisdicción local y feudal y según el derecho local y feudal. Lo logró no sólo creando una judicatura real que actuara bajo el dominio de una cancillería real, sino también aportando un tipo más racional de derecho y enrolando la participación comunitaria en su administración.¹⁵

Hacia fines del siglo XIII tres principales Cortes administran justicia en Inglaterra: the *King's Bench*, the *Court of Common Pleas* y the *Exchequer*. Eran tribunales permanentes, servidos por jueces profesionales y con asiento en *Westminster*. El último de los mencionados (the *Exchequer*), en verdad, era algo más que un tribunal. Ejercía también funciones de administración, una especie de “oficina de gobierno”. La parte que correspondía a la administración civil tenía, en terminología actual, dos departamentos: the *Exchequer* (departamento fiscal) y the *Chancery*, una especie de secretaría. Sobre ellos se encontraba el Consejo permanente del rey (*king's permanent Council*).¹⁶ Lo trascendente fue que estos tribunales al momento de resolver las controversias que ante ellos se planteaban no hacían uso de las costumbres locales, sino que aplicaban un derecho común a todo el reino (*Common law*).¹⁷

14 Famosa, en este sentido, fue la inscripción ordenada por Guillermo I en el *Domesday Book* el año 1086 de todos los habitantes y riquezas del reino. Las lamentaciones de uno de estos habitantes son famosas: “No quedó ni una sola porción de terreno, ni (resulta vergonzoso decirlo, pero no sintieron ninguna vergüenza al hacerlo) un buey, ni una mosca, ni un cerdo que no fueran censados”. Citado por CANNATA, *Historia...*, ob. cit., pág. 209.

15 BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Mónica Utrilla, México, 1996, pág. 467.

16 Cf. MAITLAND, *Equity a course of lectures*, Cambridge, 2ª ed., 1936, reimpresa en 1969, pág. 2.

17 El término *Common law* fue tomado de los canonistas –quienes utilizaban el término “*ius commune*” para referirse al derecho general que emanaba de la Iglesia Católica– y servía para describir (ya en los tiempos de Eduardo I (1272-1307), aquella parte del derecho no promulgado, no legislado, y que era común a todo el territorio y a todos sus habitantes, en contraposición a los estatutos, a las costumbres locales y a los fueros reales. MAITLAND, *Equity*... ob. cit. págs. 2

A los tribunales con asiento en *Westminster* se agregaban los llamados jueces itinerantes (*justices in eyres*) que enviaba el rey por todo el país y que también contribuirán a la consolidación de la jurisdicción real. Esto comenzó ya con Guillermo el Conquistador (1066-1087) pero su uso sólo se implantó con Enrique II (1154-1189). “No obstante que la jurisdicción de los tribunales de los condados en este período –después de la conquista normanda– permanecerá extensa y variada, ella fue fuertemente modificada como consecuencia del desarrollo del sistema de jueces itinerantes desde Enrique II en adelante”.¹⁸

La temprana consolidación en Inglaterra (siglos XII y XIII) de este sistema real de derecho,¹⁹ el cual rápidamente echó profundas raíces, fue determinante en el declive de la jurisdicción de los *local courts*, no sólo por la autoridad y prestigio de los tribunales reales, sino también porque el procedimiento seguido ante los tribunales de *Westminster* fue mucho más moderno (*forms actions*) y, de este modo, más atractivo para los súbditos.²⁰ Esta temprana consolidación fue, asimismo, decisiva al momento de impedir que el renacer del Derecho romano pudiera ejercer algún tipo de influencia en su evolución. “Cuando al finalizar el siglo XII el aprendizaje del sistema Romano-cánónico comenzó a conquistar la práctica de los tribunales eclesiásticos de la Europa continental, y en el transcurso del siglo XIII la de los juristas y tribunales laicos, fue demasiado tarde para afectar de manera sustancial al *Common law*”.²¹ En verdad, éste ya había desarrollado su propio marco, con sus propias herramientas y con una terminología técnicamente sofisticada y precisa.

La complejidad y tecnicismo de estos procedimientos eran tales que sólo podían aprenderse mediante la práctica. Una formación universitaria, basada en el Derecho romano, podía servir para ayudar a descubrir la solución justa que correspondía a un litigio, pero no permitía ganar un pleito. Juristas y jueces ingleses se seguirán formando en la Escuela de la práctica hasta nuestros días; la formación universitaria no será para ellos ni necesaria ni, durante siglos, usual.²²

La crisis que se produjo bajo el rey Juan (1199-1216), si bien marca el fin del período en que el Derecho en Inglaterra se elabora sólo por la Corona, y da inicio a un

18 CHRIMES, “Introductory essay”, en HOLDSWORTH, *A history...*, ob. cit., pág. 2a. Desde 1176 en adelante las seis partes en que había sido dividido el territorio (circuitos) eran regularmente visitadas por estos jueces, quienes escuchaban en nombre del rey las quejas que los súbditos pudieran tener tanto en materia civil como criminal. En 1176 “seis grupos de tres jueces cada uno fueron enviados a recorrer el país y oír todos los casos presentados de acuerdo con un decreto del rey, siempre que no excedieran una cierta cantidad jurisdiccional. El número de estos ‘jueces de circuitos’ acabó por llegar a veinte”. BERMAN, *La formación...*, ob. cit., pág. 465.

19 Téngase en cuenta que en Francia el “derecho común francés” no se desarrollará hasta el siglo XVI y el derecho germano recién se desarrollará en el siglo XIX.

20 Así, en ciertos tipos de procesos los tribunales reales abandonaron el sistema de prueba de las ordalías, el cual gradualmente pareció anticuado, y lo reemplazaron por el sistema de jurado. En este sentido DAVID observa que los “tribunales reales son los únicos que cuentan con medios efectivos para asegurar la comparecencia de los testigos y para ejecutar sus propias decisiones. Por otra parte, sólo el rey, junto con la iglesia, puede obligar a sus súbditos a prestar juramento. Gracias a ello, los tribunales reales han podido modernizar sus procedimientos y someter la decisión de los litigios a un jurado en tanto que las restantes jurisdicciones estaban condenadas a conservar un sistema probatorio arcaico”. *Los grandes...*, ob. cit., pág. 246, (el destacado es mío).

21 Vid. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973, pág. 92.

22 DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 253.

período en el cual el soberano compartirá con los nobles su elaboración y desarrollo, no significó la destrucción del nuevo sistema, sino su regulación y consolidación. De este modo, el futuro del nuevo sistema judicial y del *Common law* estaban asegurados.²³

El marcado carácter técnico-procesal que caracterizó al sistema inglés desde sus inicios fue, asimismo, determinante al momento de impedir que éste recibiera la influencia del proceso de codificación que se inicia en la Europa continental a fines del siglo XVII. A estas alturas, el *Common law* ha desplegado todas sus potencialidades y la mentalidad práctica de los juristas ingleses no se adaptará a un sistema abstracto, tan racional y de escaso contacto con la realidad.

Por muchos siglos, de hecho hasta la *Judicature Acts de 1873 y 1875*, el *Common law* consistió, según en seguida veremos, en un sistema de acciones, cada una de ellas con su propio procedimiento y con sus propias formas (*forms of action*). El Derecho inglés descansa en la base del precedente para la solución de los litigios y se mueve empíricamente caso por caso, de una realidad a otra. “Hasta el siglo XIX, lo esencial en Inglaterra no era determinar las solución del litigio en base a consideraciones sustantivas. Únicamente podía obtenerse justicia de jurisdicciones que teóricamente eran jurisdicciones de excepción. Para los interesados, lo esencial era hallar la fórmula con que instrumentar la acción, el *writ* mediante el cual podían acudir a tales jurisdicciones”.²⁴

De allí el paralelo que se puede trazar entre el desarrollo de este Derecho y la evolución del Derecho romano. En ambos sistemas la importancia de las normas de procedimiento superó en gran medida el desarrollo de las normas sustantivas. Ambos sistemas no pensaban en un tipo concreto de derecho, sino en un tipo concreto de acción, y ninguno de ellos estuvo interesado en elaborar construcciones dogmáticas abstractas o en crear un método racional, sino en contar con acciones específicas para resolver casos prácticos. De allí que Pollock y Maitland hayan podido señalar que mientras “las naciones de Europa occidental adoptaron como propio el resultado final de la historia legal de Roma, Inglaterra, inconscientemente, reprodujo esa historia”.²⁵

23 La sublevación que se produce contra los abusos cometidos por el rey Juan culminarán con el otorgamiento de la Carta Magna Inglesa (1215). Si bien algunas de sus cláusulas limitaron la nueva maquinaria judicial (cláusulas 34 y 39), la mayor parte de ellas (14, 17, 18, 24, 36 y 40) regularon y no destruyeron el nuevo sistema central de administración. Vid. HOLDSWORTH, *A history...*, ob. cit., págs. 54-63.

24 DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 249.

25 POLLOCK-MAITLAND, *The history...*, ob. cit., pág. 558. “No debe olvidarse nunca, si se quiere comprender el derecho inglés, esta importancia, esta prioridad del procedimiento sobre las normas sustantivas. La relación existente entre derecho sustantivo y procedimiento está expresada por el conocido adagio: *remedies precede rights*”. DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 248.

2.2. Formas de acción y procedimiento en el Common law: el sistema de los writs

Dado el carácter excepcional que tenía la jurisdicción real, según antes hemos expresado, la persona que deseaba pedir justicia al rey debía dirigirse al canciller, gran oficial del rey, y solicitar que le expidiera un *writ*,²⁶ gracias al cual quedaba abierta la vía de la jurisdicción real. Dependiendo del objeto perseguido encontramos distintas formas de *writs*, no obstante lo cual, todos tenían como objetivo el obligar al demandado a comparecer frente a los tribunales reales. Desde el momento en que muchas de las quejas respecto de las cuales los demandantes solicitaban un *writ* eran parecidas, el texto de ellos pronto se fue estandarizando, de modo que en relación con ciertos tipos de ilícitos existió un concreto tipo de *writ*.²⁷

En un principio, el canciller examina caso por caso la oportunidad de expedir un *writ*. Poco a poco, sin embargo, se afirma una costumbre: en ciertas situaciones, los *writs* son concedidos sin previo examen. Se establece, así, una lista de *writs* –los *brevia de cursu*– que están a disposición de los particulares en ciertos supuestos mediante el pago de los correspondientes derechos a la Cancillería.²⁸

Hacia fines del siglo XII el canciller emplea aproximadamente unos 75 tipos de *writs*, cuyo número se incrementará considerablemente en los siglos XIII y XIV. Esta situación produjo el malestar de los señores feudales, quienes veían que su participación en la elaboración de las leyes y su influencia en la administración de justicia era cada vez menor. A raíz de ello surgieron constantes tensiones entre el rey y los barones, las cuales conllevaron algunas limitaciones que en materia de nuevos *writs* éstos lograron imponer a aquel.²⁹ No obstante lo anterior, lo cierto fue que los tribunales de *Westminster* siguieron haciendo uso de ellos y extendiéndolos por vía de analogía a situaciones parecidas.

Todo ello trajo como consecuencia confiar a los jueces y a los abogados la tarea de proveer al desarrollo del derecho. Estos recurrieron en particular a la posibilidad de conceder nuevos *writs in consimili casu* (en los casos parecidos a aquéllos para los que

26 “El *writ* era redactado en un pergamino de veinte centímetros sobre diez: y como había que economizar pergamino, lo mejor era economizar sus palabras. En efecto, el *writ* era escrito en estilo telegráfico, sin oropel y según fórmulas estereotipadas. Los encabezamientos de los *writs* podían ser fundamentalmente de dos tipos. Conforme al primero, el rey se dirigía a un *sheriff* local al objeto de que éste ordenara a X que realizara una determinada acción y, en caso de que X no la ejecutase, se presentara a *Westminster* para justificar su omisión. Conforme al segundo tipo de *writ*, el rey se dirigía directamente al señor ordenándole impartir justicia en un caso dado”. CANNATA, *Historia...*, ob. cit., págs. 211 y 212.

27 Entre otros podemos mencionar el “Mandato de derechos” (*Writ of right*); el “Mandato de deuda” (*Writ of debt*); el “Mandato de retención” (*Writ of detinue*); y el importante “Mandato de transgresión” (*Writ of trespass*). Dentro de la literatura en castellano vid: DELL AQUILA, *Introducción al estudio del derecho inglés*, Valladolid, 1992, págs. 74 y ss.; CANNATA, ob. cit., págs. 211 y ss. especialmente 216-225.

28 DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 246-247. En todo caso, el canciller al conceder un *writ* no ejercía, en estricto sentido, una labor judicial. De hecho no escuchaba a las dos parte interesadas sino sólo la solicitud del demandante. Así, el *writ* por él concedido (si finalmente le parecía pertinente concederlo) podía posteriormente ser revocado o anulado por los tribunales ordinarios.

29 El II Estatuto de *Westminster* del año 1285 fue un acuerdo entre el rey y los barones por el cual se permitió al canciller conceder nuevos *writs* sólo si los hechos eran “in consimili casu” con una situación ~~para la cual ya existía~~ un *writ*, pero en caso de disputa o duda la materia debía ser sometida a la próxima sesión del Parlamento.

ya existía un *writ*) y esa práctica está en el origen de las *actions on case*. Los jueces dejaron poco a poco de ser funcionarios para convertirse en técnicos independientes, orgullosos de su propio saber, que no encontraba parangón en ningún otro aparato administrativo.³⁰

Con todo, hacia fines del siglo XIV la creatividad legal de los tribunales de *Westminster* gradualmente comenzó a disminuir. Esto se debió a que el sistema de los *writs* presentaba un grave problema, a saber, su extremado formalismo. Lo anterior obligaba al demandante a ser muy cuidadoso en la elección del *writ* adecuado para su caso. La elección de un mandato equivocado podía resultar fatal para las pretensiones del demandante ya que no había “posibilidad de cambiar de caballo en mitad de carrera: se cabalgaba con un mandato hasta el juicio, y si entonces ocurría que el mandato no era correcto, solamente se podía retroceder y probar otro “caballo” asumiendo que se tenía el tiempo, el dinero y la paciencia”.³¹

Esto llevó a un rígido desarrollo del *Common law*, que se manifestó en una generalizada renuencia de los tribunales reales para abordar aquellas materias que escapaban del ámbito de las *forms of actions* y, en consecuencia, a desechar numerosas demandas por errores técnicos. Esta situación será fuente de numerosas injusticias, y propiciará, según veremos en seguida, el posterior desarrollo del otro gran sistema del derecho inglés, el sistema de la *Equity*.

Producto de los enormes problemas que el sistema suscitaba y de las críticas que se habían formulado en su contra, mediante la *Common Law Procedure Act* de 1852 se derogó el sistema de los *writs*, quedando completa dicha abolición con las *Judicature Acts* de 1873 y 1875. En la actualidad, el procedimiento moderno basado en las leyes de procedimiento prevalece, habiendo desaparecido el sistema de los *writs*. Pero no debe olvidarse que incluso hoy en día el marco de las acciones civiles aún se basa en dichos mandatos.³²

2.3. El sistema de la *Equity*

Paralelo al sistema del *Common law* y a partir del siglo XIV empieza en Inglaterra a desarrollarse el sistema de la *Equity*. Ya sea porque el *Common law* no preveía una fórmula para el caso propuesto,³³ o porque la solución otorgada por los tribunales de

30 CANNATA, *Historia...*, ob. cit., págs. 216.

31 JAMES, *Introducción al Derecho inglés*, trad. de Jesús Torres, Bogotá, 1996, pág. 24.

32 De allí la célebre y recurrente advertencia de MAITLAND: “Hemos enterrado las formas de acción, pero ellas continúan gobernándonos desde sus tumbas”. (“The forms of action we have buried, but they still rules us from their graves”). *The forms of action at Common Law*, Londres, primera publicación en separata 1936, reimpresa en 1976, pág. 1.

33 Ya hemos señalado que las formas eran fundamentales en el derecho inglés, por tanto, si no había un *writ* no había derecho. Es cierto que los tribunales podían conceder a través de la interpretación analógica uno nuevo, sin embargo, esto no era fácil ya que los tribunales efectuaban una aplicación estricta de los existentes.

Westminster no era la más apropiada,³⁴ o bien, porque en sí se trataba de una solución injusta, los súbditos comenzaron a acudir en última instancia al rey a efectos de satisfacer su necesidad de justicia.

En la práctica, sin embargo, muchas de las peticiones formuladas por los súbditos caían en manos del gran canciller (*Lord Chancellor*³⁵). Gradualmente, en el curso del siglo XIV, los peticionarios en vez de dirigirse al rey se dirigían directamente al canciller, jurando hacer lo que es correcto “por amor a Dios y por el camino de la caridad”.

Frente a estas peticiones el canciller tenía dos posibilidades: en primer término podía generar un nuevo *writ* proveyendo, de este modo, al futuro demandante de un recurso para llevar la acción ante los tribunales reales, lo cual, en verdad, presentaba un serio inconveniente: en el siglo XIV los tribunales reales habían devenido sumamente conservadores, y normalmente anulaban aquellos *writ* que se apartaban de los que ya se encontraban en uso. En segundo lugar, el canciller podía ordenar que la persona contra la cual se dirigía la queja se apersonara ante él y respondiera a la petición efectuada en su contra.³⁶ Con el tiempo esta última posibilidad se fue imponiendo.

La jurisdicción del canciller, en la medida que los tribunales reales eran cada vez más formalistas, pronto incrementó su importancia haciendo necesario, a fines del siglo XV, el establecimiento del tribunal de la cancellería (*Court of Chancery*).³⁷ Empezó,

34 En materia contractual, por ejemplo, frente al incumplimiento de una de las partes el *Common law* sólo contemplaba la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios (*damages*). Lo anterior en muchos casos llevaba a soluciones inadecuadas, principalmente si la contraparte desaba la ejecución en naturaleza de la prestación. Esto fue posible gracias a la intervención del canciller, el cual, bajo su jurisdicción, podía ordenar la ejecución forzosa del contrato (*specific performance*).

35 A la cabeza de la cancellería se encontraba el canciller, usualmente un obispo, especie de secretario del rey, quien mantenía el gran sello real -*the key of kingdom*- y supervisaba la mayoría de los escritos regios. Si bien en esos tiempos el canciller aún no era propiamente un juez, ya efectuaba (personalmente o a través de sus subordinados) un trabajo que lo llevaba a estar en estrecha conexión con la administración de justicia. (Recuérdese que si alguien deseaba iniciar una acción ante los tribunales reales debía acudir a la cancellería y obtener un *writ* y, por lo mismo, el canciller conocía perfectamente el sistema del *common law*). MAITLAND, *Equity...*, ob. cit., págs. 2 y 3.

36 Este *writ* se denominó *subpoena*, porque era ordenado bajo pena de una multa si no se comparecía y diferiría substancialmente de los viejos *writs*. Estos últimos señalaban al demandante la causa de la acción dirigida en su contra: por qué asaltó y golpeó al demandante; por qué transgredió la propiedad del demandante; por qué retiene mercancías que pertenecen al demandante. En cambio en el *writ subpoena* sólo se le ordena presentarse ante el canciller y responder a la queja efectuada en su contra por NN. MAITLAND, *Equity...*, ob. cit., pág. 5.

37 Como hemos explicado, para acudir a esta jurisdicción no se requería un *writ*. La parte interesada normalmente efectuaba su petición mediante un *bill* dirigido al canciller. Una copia de este documento era enviada al acusado, bajo la orden de comparecer ante el tribunal en un día determinado bajo pena de una multa. Este documento, según dijimos, no contenía una alegación específica del daño, sino simplemente la reclamación del solicitante. Si el acusado desobedecía el mandato, el canciller expedía un “*commission of rebellion*” por contumacia, que conducía a su arresto y al secuestro de sus bienes. En un comienzo el demandado se apersonaba personalmente y respondía oralmente la demanda. Seguido de lo cual el canciller procedía a examinarlo exhaustivamente, situación que en lo posible repetía con el demandante. Gradualmente el procedimiento se fue haciendo más complejo. La respuesta del demandado fue por escrito, y el demandante efectuaba una réplica también escrita. También se citaban a testigos, bajo amenaza de sanción si no comparecían, los cuales eran examinados en forma oral. Más tarde suministraron la evidencia por medio de escritos, bajo juramento, seguido de un interrogatorio. Como en un principio los cancelleses provenían todos del clero, lo que en primer término se buscaba con el interrogatorio era purgar la conciencia del demandado, y posteriormente reparar el mal que este había cometido. Vid., KEETON, *An introduction to equity*, Londres, 4ª ed. 1956, págs. 22 y ss. Es, por tanto, un procedimiento tomado de los tribunales eclesiásticos y no de las cortes del *Common law*; específicamente del procedimiento sumario que los tribunales eclesiásticos introdujeron para castigar las herejías: es un procedimiento escrito, inquisitorio, y que no necesita la presencia del jurado. MAITLAND, *Equity...*, ob. cit., págs. 5.

por tanto, a instaurarse un sistema de reglas y de remedios propios de este tribunal, los cuales al ser menos formalistas que los del *Common law* en muchas situaciones se mostraron más efectivos. Como había ocurrido antes con el *Common law*, las decisiones de la *Court of Chancery* empezaron a establecer una serie de principios que fueron utilizados en la decisión de casos posteriores. Estas nuevas reglas y principios, administrados por el tribunal de la cancillería, se conocieron como las reglas de la *Equity*.

El Canciller, que por regla general era un eclesiástico, se consideraba de hecho como el *keeper of the king's conscience* y, con este título, ejercía un poder jurisdiccional discrecional y basado en la equidad que de siempre había sido considerada inherente a la persona del rey: el objetivo de esa jurisdicción no era sólo el de hacer justicia a quien solicitase, sino también purificar la conciencia del demandado. Fue siguiendo esa vía como se desarrolló el procedimiento ante el tribunal de la *equity*, caracterizado por la posibilidad de poner a punto unos expedientes, completamente ajenos a los mecanismos del *common law*.³⁸

No deja de ser curiosa, en verdad, la relación que se dio entre el *Common law* y la *Equity*. Así como en un primer momento aquel desplazó las costumbres locales al proporcionar medios más efectivos y de más expedita realización, lo mismo pudo ocurrir con el sistema de la *Equity*, sobre todo en su período de mayor tensión con el *Common law*, cuando el rey James I (1603-1625) declaró que en caso de conflicto entre unas y otras normas debían prevalecer las de la *Equity*.³⁹

No obstante la superioridad de la *Equity*, ésta finalmente no desplazó el sistema de normas del *Common law*, en parte debido al juicioso cometido de los cancilleres, pero principalmente a que la normas de la *Equity* no constituyeron nunca un sistema autosuficiente, sino que, por el contrario, presuponían y requerían la existencia del *Common law*.⁴⁰

En definitiva, las reglas de la *Equity* no vinieron a reemplazar las reglas del *Common law*, aquéllas más bien jugaron el rol de auxiliar de estas últimas, cubriendo aquellos vacíos y atemperando el formalismo y rigidez que caracterizaban a este último. En palabras de Maitland, la equidad no vino a destruir el derecho, sino a complementarlo.⁴¹ Lo anterior se expresa en una de las máximas que guían a la *equity*: “La equidad sigue al derecho” (“*Equity follows the Law*”).

38 CANNATA, *Historia...*, ob. cit., pág. 226.

39 El canciller podía ordenar a través de una *injunction* la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada por los tribunales del *Common law*. No obstante que esta orden no iba dirigida en contra del tribunal, sino en contra de la parte que había obtenido sentencia en su favor bajo amenaza de ser enviado a prisión, lo cierto es que algunos jueces se sintieron ofendidos por el tratamiento que recibían sus fallos. El conflicto definitivamente estalló cuando el juez del *Common law* Coke declaró que aquel que obtenía una *injunction* era culpable de ofensa al acudir en contra de una sentencia dictada por los tribunales del rey a otro tribunal.

40 De allí que MAITLAND haya señalado que si hipotéticamente una ley hubiere derogado las reglas de la *equity* Inglaterra hubiere conservado su sistema jurídico, posiblemente algunos aspectos de él serían bastante primitivos, injustos y absurdos, pero con grandes elementos: derecho contra la violencia; derecho al honor; derecho a la protección de la posesión y al cumplimiento de los contratos. En cambio, si se hubiera derogado el *Common law* ello hubiere significado simplemente la anarquía. *Equity...*, ob. cit., pág. 19.

41 MAITLAND, *Idem...*, ob. cit., pág. 17.

La intervención del canciller no ha consistido nunca en la formulación de nuevas normas jurídicas destinadas a ser aplicadas por los jueces en el futuro. El canciller nunca ha pretendido modificar el respeto de la forma en que había sido elaborado y aplicado por los Tribunales del *Common Law*. Muy al contrario, el canciller manifiesta su respeto por este Derecho: "La base de la equidad es el Derecho", es uno de los axiomas proclamados por la Cancillería. Seguir el Derecho no implica, sin embargo, olvido de la ley moral; en nombre de esta, el canciller va a intervenir, sin atropellar por ello el derecho.⁴²

Lo anterior ha sido representado por Maitland mediante el lenguaje con el cual la *Equity* se dirigirá al *Common law*. Este lenguaje no se formularía en los siguientes términos: "No, tú has cometido un error, tus reglas son absurdas y obsoletas", sino: "Sí, por supuesto que es correcto, pero ello no es toda la verdad. Tú dices que A es propietario de aquella tierra; no hay duda al respecto, pero debo adicionar que él tiene una obligación impuesta por esa institución conocida como trust".⁴³ Lo cierto es que desde el siglo XVII en adelante y hasta su unificación por la *Judicature Act* de 1875 la relación entre los dos sistemas fue armónica, trabajando y solucionando los problemas en forma conjunta.

El proceso de unificación entre estos dos sistemas comenzó en el siglo XIX y finalizó, como hemos adelantado, con las *Judicature Acts* de 1873 y 1875. Así, ya en 1858 la Corte de Equidad podía, en ciertos casos, conceder una indemnización de daños y perjuicios (*The Chancery Amendment Act* 1858) y las Cortes del *Common law* podían, en ciertos casos, conceder *injunctions* (*The Common law procedure Act* 1854). Como sabemos, originalmente la posibilidad de conceder daños y perjuicios era sólo facultad de las Cortes de Derecho, y la posibilidad de conceder *injunctions* del tribunal de la Cancillería. A partir de su definitiva unificación finaliza la distinción entre tribunales de Derecho, por una parte, y de Equidad, por la otra.

Las viejas cortes fueron abolidas (*Chancery, King's Bench, Exchequer*), en su reemplazo se creó el Tribunal Superior de Justicia (the *High Court of Justice*), con una Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) como tribunal superior. El Tribunal Superior de Justicia fue dividido en cinco divisiones: *Chancery, Queen's Bench, Exchequer, Common Pleas* y *Probate, Divorce and Admiralty*.⁴⁴ A partir de este momento se podrá recurrir indistintamente a cualquiera de las jurisdicciones y solicitar indistintamente un *Common law* o un *Equity remedy*.

42 DAVID, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 266. En el mismo sentido JAMES, *Introducción...*, ob. cit., pág. 26.

43 MAITLAND, *Equity...*, ob. cit., pág. 18.

44 En la actualidad el Tribunal Superior de Justicia se encuentra dividido en tres salas: *The Chancery Division, The Queen's Bench Division* y *The Family Division*. Vid. SLAPPER-KELLY, *Principles...*, ob. cit., págs. 51 y ss.