

PRIMERA PARTE

DERECHO INGLÉS

Para los juristas ingleses, el continente europeo recibió hasta tres romanizaciones. La primera ocurre cuando Roma invade las Galias, y si bien fue política romana mantener el Derecho local (ius personarum) la romanización se inicia con el ius latii, que abarcó el derecho de comerciar, el de contraer nupcias, el testamentario y la posibilidad de demandar al ciudadano romano.

*La segunda influencia de Roma, acaece en la baja Edad Media, cuando se redescubre el *Coryus Iuris*, El comentario a éste da surgimiento a la escuela de los glosadores y pos-glosadores (*mos italicus* y *mos gallicus*). Este último, en su desarrollo actual, da origen al *usus modernus pandectarum*.*

La tercera romanización sucede en la época de las codificaciones, donde se vuelve a analizar la jurisprudencia romana, para aplicarla sustantivamente a los derechos europeos.

*Nada de esto acaece en el Derecho inglés, El *Common Law*, que tuvo surgimiento en Inglaterra en el siglo XI, se elabora con fórmulas procesales y aunque modernamente estas formas procesales se abolieron, subsisten judicialmente, las formas nos siguen gobernando, desde sus tumbas.*

El estudioso tendrá que reflexionar primero en el desarrollo histórico del Derecho inglés, enseguida deberá observar las categorías que existan en el sistema inglés para iniciarlo en el conocimiento del mismo, una tercera parte estudiará las fuentes del Derecho inglés, concluyendo con un análisis de su régimen parlamentario actual.

I. 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 abarcaría lo que se llama el Derecho inglés contemporáneo, esto es de 1873 a la fecha.*

II. PRIMERA ÉPOCA. ÉPOCA ANGLOSAJONA

Este período abarcaría 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. }~ormáronse 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.

III. SEGUNDA ÉPOCA

El segundo período comprende el nacimiento del common law y su desarrollo inicial. Acaeció que en el año de 1066, un rey normando recibió por las Leyes Sálidas, 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 regalis.

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 buscaran 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 Domesday 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 o (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 Court (hundred es una subdivisión del

con-dado) 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, sometién-dose 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 Dere-cho canónico.

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

a) Las formas de acción

La acción se iniciaba mediante un writ, que era una súplica al monarca, para que intercediera en el negocio y se tenía q.'le 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 original-mente 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, fundamen-talmente, 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 lacias, si non lacias 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 desarro-llará 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 de-mostrar 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 subetapas:

En principio se acude al tribunal en fonna 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 acaece 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 acaece 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 on the case, 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.

Ampliamos con otros términos, la importante etapa anterior.

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 pre-tendiente 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 Regis. 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 Regis 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 1215.

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 nor-mando 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 Regis, 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 ventilándolo 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 canceller, 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 ense-guida 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 poniéndoles 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

ínti-mamente 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 contienen 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 seal!) , 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 missfeasans, 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 preceed 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." 19 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 Obra 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".23 Al oponerse al criterio de autoridad de los maestros, a la costumbre ya 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".24 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 basando agregar el método matemático, pues lo que interesa son las experiencias particulares y completas y absolutamente comprobadas en la propia ciencia.

CUADRO COMPARATIVO DE LOS DOS TIPOS DE ACCIÓN

Procedure

Action Law

Action in equity

Initiation of Lawsuit

By filing a complaint

By filing a petition

Result

By jury or judge judgment

By judge (no jury)

Decision

Decree

Remedy

Monetary damages

Injunction, decree of specific performance, or rescission.

"El cuadro comparativo de los dos tipos de acción, se funda en el procedimiento bien sea en su iniciación del mismo, en su decisión, en su resultado, o en su remedio; en el Common Law la acción se inicia con una demanda; la decisión se ventila ante un jurado o ante un juez; el resultado es un juicio y el único remedio que consagra es el pago de daños y perjuicios. En la equity el procedimiento se inicia con una petición, se ventila ante un juez, nunca ante un jurado, termina con un decreto y establece como remedio una orden de investigación, un decreto de cumplimiento exacto o la rescisión.

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.

Un fenómeno importantísimo acaeció en esta época; surgió un amplio desarrollo del Common law, pero, a la misma vez y, al lado de los monarcas se da nacimiento a una nueva jurisdicción, The Equity. Esta nueva jurisdicción surge como rival del Common law y aparece porque los particulares, al no encontrar plena satisfacción en los tribunales de Westminster acuden nuevamente al canciller como confesor del rey, para solicitarle haga justicia en su caso, invocando la conciencia del monarca.

Hanbury y Martin en su obra intitulada Modern Equity, definen la equity como la "rama del derecho que antes de las reformas de la judicature Act de 1873, tenía jurisdicción aplicada y administrada por la Corte de la cancellería".

Definición que fue calificada como pobre y fundada sólo en razones de tipo histórico.

Los particulares acudieron al canciller del monarca no entablando una demanda sino una "petición"; el

canciller desahogaba la petición con las facultades que el rey tenía como juez y aplicando un proceso similar al canónico, por ser escrito e inquisitivo; por eso su resolución era a través de un decreto, que prevenía los daños que podrían producirse por alguna arbitrariedad o injusticia induction) ; que decretaba el cumplimiento total de lo convenido (decree of specific performance) o, finalmente que hacía justicia ordenando la rescisión de lo convenido (rescission) .

En la Edad Media el Canciller que fue descrito por Maitland como el "primer ministro" del rey o el "secretario de Estado" de todos los departamentos del rey, y que tuvo en un principio la elaboración de los writs donde surgió el common law volvió nuevamente a intervenir para proteger las situaciones jurídicas que no quedaban satisfechas con una simple reparación del daño.

Las peticiones al canciller fueron sólo lentamente solicitándose y elaborándose una práctica que abarcaba puntos diferentes a los resueltos por el common law. La discreción del canciller en la baja Edad Media, se desarrolló como un método curioso en la que las soluciones estaban de acuerdo a la conciencia del rey; lejos de situaciones oscuras, y por consecuencia, ordenadas por la equidad. El absolutismo de los Tudor, en el siglo XVI, hizo surgir algunas instituciones inquisitivas como la Cámara Estrellada (Star Chambers) y la aplicación de la equidad a disposiciones de última voluntad, dieron nacimiento al trust como institución equitativa, poniendo como en germen un desarrollo admirable de la confianza en la administración de los negocios.

¿Cuál es el origen de la equity? "Las dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente, Derecho angloamericano y Derecho continental, no fueron ni son tan alejadas de como se pudiera suponer. No es fácil sintetizar de manera sistemática el desarrollo del Derecho inglés porque su crecimiento ha sido inorgánico, espontáneo, al hilo de las decisiones judiciales; un crecimiento que se resiste a cualquier tentativa de racionalización según los parámetros usuales de la doctrina europea." y trae a colación dos frases que caracterizarían al Common law: La primera del jurista Holmes, cuando dice: The life of the Law has not been logic, it has been experience y la otra que define el Common law, la ley hecha por el juez, judge-made law. Sin embargo, sostiene que a pesar de la singularidad del Derecho inglés, recibió una experiencia decisiva de los canonistas medievales a través del Decreto de Graciano, o mejor dicho a través del Corpus Iuris Canonici, especialmente cuando se adoptaron las reglas de Derecho de Bonifacio VIII expuestas en el Liber Sextus. Las cortes elaboradas por el canciller, que dejó de ser eclesiástico, sólo después de la intervención de Tomás Moro, en 1529, obviamente trajo a colación los sistemas canónicos, no sólo haciendo el procedimiento escrito, sino resolviendo conforme a la conciencia del monarca.

Para adecuar las soluciones a la conciencia, acudió a la noción de equidad, equity. Dejó atrás la epiqueya aristotélica que no sería otra cosa, que el análisis concreto del caso particular, para dirigirse por los principios cristianos de Derecho.

A este efecto, es posible citar lo escrito por don áscar Rabasa en su Derecho angloamericano cuando declara que la equity "no es una estructura hecha por legisladores teóricos o por jurisconsultos filósofos, sino como, lo mismo que el common law, un crecimiento gradual, producto de las necesidades de una raza de hombres prácticos que se esfuerzan más bien en realizar la justicia que en ceñirse a la lógica, de ahí que este sistema jurídico de los anglosajones, según ellos mismos lo advierten no sea un derecho ordenado conforme a un plan lógico o científico como la legislación romana y la europea en general, sino en realidad una agrupación de doctrinas, materias y procedimientos de órdenes jurídicos diversos y desarticulados que se han ido formando espontáneamente en la práctica sin más norma que la de llenar los vacíos que la rama del Common law dejó en su trayectoria".

Por eso dice Martínez Torrón, que la Jurisdicción de la equity consistió en satisfacer los vacíos del Common law y sus materias pueden quedar resumidas en un antiguo aforismo, these three give place in court of conscience, fraud, accident and breach of confidence aliadiendo que "en la práctica, sin embargo, su competencia era amplia y con una innegable tendencia a extenderse. Sus dos únicos límites eran, su

circunscripción al ámbito civil nunca actuaba en causas *pe-nales* y una operatividad *in personam*, y no *in rem*. En consecuencia, la doctrina de los canonistas, influye en la creación de la equity, por lo que Martínez Torrón concluye, fundándose en la obra de Saint German, *Doctor and Student* que fue la noción canónica de equitas sobre el concepto aristotélico de epiqueya, esta última, "permitiría al juez reconocer excepciones a la aplicación de una norma general; la idea de equidad en cambio posee un significado positivo: hace posible exigir los deberes de conciencia y por tanto, la protección de derechos conferidos por la ley natural, aunque no estén amparados por el Derecho positivo".

Las sentencias o máximas de la equidad, generalmente suelen mencionarse en número de doce, que al decir de don Oscar Rabasa, serían similares a los principios de las Doce Tablas. Hanbury y Martin, en su obra anteriormente citada, mencionan estas doce máximas de la siguiente manera:

1. *Equity will not suffer a wrong to be without remedie.* Lo que significa que la equidad no tolera ningún agravio sin una reparación.

2. *Equity follow the law.* Es decir, es la rama adicional del Derecho inglés que históricamente se formó similar al derecho de gentes del sistema jurídico romano, para satisfacer las deficiencias del Common law y reformar sus principios rígidos e injustos ya pesar de eso la equity sigue y es una rama complementaria del Common law.

3. *He who ask equity most do equity.* Porque no podría pensarse que se pidiera equidad, sino se está actuando con ella.

4. *He who comes to equity most come clean hands.* Es decir, el que reclama equidad debe tener la conciencia limpia.

5. *Where the equities are equal the law prevail;*. Que Rabasa traduce indicando que "cuando los principios de la equidad favorecen por igual a las dos partes prevalece la ley *stricto sensu*".

6. *Where the equities are equal the first in time pre-vails.* Es decir, que tiene preferencia quien es primero en tiempo.

7. *Equity imputes and intention to fulfill the obligation.* Que quiere decir que la equidad presume la intención de cumplir con una obligación; así pudo crearse todo el sistema de *constructive trusts* en la que las personas reciben un bien patrimonial ajeno para adquirir en beneficio de otra ciertos bienes o derechos. Es decir, que dejar la administración en manos de un trustee, significa confiar en que habrá de cumplir con su obligación.

8. *Equity regards as done that which ought to be done.* La jurisdicción de la equity presume que está consumado aquello que ha de realizarse en lo futuro. Cuando la propiedad sancionada por el derecho, y está regida por la equity obliga a administrar o desarrollar incluso vender esa propiedad en beneficio de la persona que se ha señalado; es decir, rige conforme a los principios de la subrogación real, la cosa sucede al precio y el precio a la cosa.

9. *Equity is equality.* Es decir, la equidad supone igualdad.

10. *Equity looks to the intent rather than the form.* Este principio no significa que las formalidades deban ser ignoradas en equity, sino que mira a la sustancia más que atender a la forma.

11. *Delay defeats equity.* Es decir, la equidad ayuda al vigilante, no al indolente (*doctrine of laches*), continúa aplicándose conforme a la limitation.

12. *Equity acts in personam.* Es decir que la equity tiene jurisdicción sobre las personas y no sobre las cosas.

Rabasa en la obra citada anteriormente indica que, "una de las consecuencias más extraordinarias de la potestad de los jueces de equidad" "es que el tribunal puede compeler a una de las partes a ejecutar un acto que debe surtir efecto en una jurisdicción ajena o en país extranjero".

a) Blackstone y Bentham

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, sobresalen en el Derecho inglés dos juristas. Blackstone intentó poner orden en el Common law inglés y en las diversas leyes dictadas durante siglos, es el primer esfuerzo de un estudio doctrinal del Derecho inglés. Como Blackstone fracasa en la práctica del Derecho inglés sus Comentarios al Derecho, no fueron bien recibidos en un principio; Cuando años más tarde, logra tener éxito en su práctica profesional, la obra llamada *Commentaries on the Law*,³⁵ obtuvo una popularidad y aceptación no sólo en Inglaterra, sino también en los Estados Unidos. Bentham buscó la fundamentación filosófica, del Common law inglés, y dijo haberla encontrado en el principio de utilidad y bienestar. Su influencia fue tan elocuente, que logró el cambio de las instituciones inglesas especialmente a través de la *judicature Act* de 1873, como veremos en la cuarta etapa de la historia del Derecho inglés.

Analicemos en unas líneas, estas dos grandes figuras. William Blackstone, alrededor del último tercio del siglo XVIII escribe los *Commentaries on the law of England* (1765-1769). Esta es una obra, que "consiste en una exposición accesible del Derecho en Inglaterra. Recuérdese que no podemos traducir la palabra law como ley, puesto que en el Derecho inglés se abarca no solamente a la ley sino y fundamentalmente, a las decisiones judiciales. Los comentarios mantienen una habilidad literaria, y una aptitud para seleccionar y presentar el material en una forma que atrae la atención del estudioso. Es un texto atractivo y metódico y fue calificado como atrevido; pero aceptado al decir de los literatos ingleses porque los "comentarios viven por su estilo". El lenguaje y la filosofía expresados por Blackstone, revelan al siglo de su autor, el siglo XVIII llamado Siglo de las Luces; por consecuencia, su moral y su actitud, resultan más liberales y por supuesto lejanas al pensamiento conservador de Burke, el crítico de la Revolución francesa.

Nuestro autor Blackstone puede considerarse como un apologista conservador del Common Law, y aun cuando su filosofía es moderna para su tiempo, no alcanza la expresión típicamente liberal inglesa y fue calificado por Bentham, como perteneciente no al partido de los *liberals*, sino más bien de los *old whigs*.

El pensamiento de Blackstone, sobresale por la defensa de los derechos y libertades inglesas. Defiende el parlamentarismo, como una típica institución inglesa, que protege las libertades del hombre; es partidario de una constitución mixta de poder, plegándose en esto al pensamiento aristotélico y por consecuencia, confluye en la apologetización de una división de poderes.

Sobresale asimismo, por las reformas penitenciarias que propone, sin embargo, no se pliega al pensamiento de Beccaria.

En la parte central de su pensamiento, habría que preguntarse si Blackstone adopta o no la temporalidad del iusnaturalismo. Sus textos revelan que en muchas ocasiones reproduce los pensamientos de Puffendorf y Grocio, fundadores de un derecho natural racionalista.

Recuérdese que para Edward Coke la ofensa al Common Law era *malum in se*, sin embargo, Blackstone no confunde el Common law con la moral. Cuando define al derecho, lo considera como un mandato, pero no lo estima como un mandato recto o justo; en este sentido, se separa del pensamiento tradicional inglés, para el cual el common law equivalía al Derecho natural. Cuando se le preguntó, si era la ley la que creaba los derechos y libertades humanas o si solamente este Derecho reconocía las libertades como preexistentes, contestó que, "un inglés tenía solamente aquellos derechos reconocidos por la Ley, pero los ingleses han ordenado, la Ley para conocer sus derechos".

Jeremías Bentham (Nace en la primera mitad del si-glo XVIII y fallece casi cerca de la segunda mitad del siglo XIX 1748–1842) .En realidad es un estudioso de las ciencias y de las matemáticas. No parece que en un principio fuese muy afecto al common law inglés. Calificaba las leyes inglesas, tanto el common law como la equity, como procedimientos tortuo-sos, y actitudes contrarias a la bondad. Sin embargo, en sus estudios que principiaron por buscar la noción de utilidad, las aplica a las ciencias sociales, con un método cuantitativo, y no sé si decir que descubre la estadística en lo social; digo no sé, porque probablemente así sea, pues no encuentro ningún pensador anterior, que haya aplicado la matemática a lo social. Con este afán, encuentra la necesidad de utilizar

los Principios de utilidad, en las políticas de los gobernantes. Estos deben preocuparse porque exista la mayor utilidad para el mayor número de hombres, el mayor grado de placer y la menor cantidad de infelicidad. Es entonces cuando escribe, A fragment on Government (1776) en donde busca los principios morales y legislativos, lo encuentra en la doctrina del bienestar del grupo social. Analiza posteriormente, alrededor del año 1827, el manejo de las pruebas de los tribunales, funda la doctrina de la "evidencia", que analizaremos al estudiar el proceso inglés. Es partidario de la codificación, pero sus ideas no triunfan aun cuando si desea códigos civiles, penales, de procedimientos; normas constitucionales y derecho internacional. En materia penal, quiere una legislación preventiva, y en fin, su pensamiento gira alrededor de la máxima felicidad para los hombres y establece que el buen gobierno debe tener cuatro fines: subsistencia, abundancia, seguridad, e igualdad. El régimen del siglo XVIII es duramente criticado pues es incapaz de dar subsistencia a todos los ingleses, no hay abundancia, ni seguridad ni igualdad, por lo tanto es calificado como un régimen tiránico. No se limitó a criticar al sistema de su gobierno, sino que aplica las ideas de la economía política de Adam Smith, contemporáneo suyo; indicando que un buen orden económico debe educar hombres libres, darles empleo, subsistencia en caso de enfermedades y seguridad en caso de vejez. Elaboró por consecuencia, un programa de seguridad y quiere una economía fundada en el bienestar social Las producciones jurídicas que surgieron de sus pensamientos son clasificadas por Mary Peter Mack 39 en siete grupos: orden jurídico en la metrópoli (Metropolitan Police act, 1829); educación para todos, (Education, 1833); organización del trabajo (Factory act, 1833) , auxilio a los necesitados (Poor act, 1834) ; organización de los ferrocarriles (Railway act, 1840); salud pública (Public Health act, 1848), y organización judicial que provoca la aplicación de su pensamiento sobre la unidad del common law y la equity, llamada por Bentham como "Responsabilidad unitaria" (judicature act, 1873).

V. CUARTA ÉPOCA

Los historiadores ingleses consideran que después de los trabajos de Bentham, se prepara un cambio, pues el historiador inglés demostró que era factible que las dos jurisdicciones que habían surgido históricamente, se pudieran ventilar en el mismo órgano judicial, subsistiendo los caracteres de cada una de ellas. Esto acaeció cuando el parlamento aprobó la judicature Act, en los años de 1873 y 1875. Desde entonces, los tribunales, tal como veremos más adelante, conservan los nombres históricos, pero ventilan indistintamente cualesquiera de las dos jurisdicciones.

El common law actual, arrastra sus formas desde los si-glos XI! y XIII, y se traduce en una reparación.

La equity actual, tiene por contenido el que señala el Act de 1881. La antigua equidad filtrada a través de la influencia del Derecho canónico abarcó los puntos omitidos por el Common law e impuso disciplina en las principales materias de confianza, dando pie al desarrollo de un capitalismo racional. Por consecuencia, Handbury y Martin concluyen que el objetivo de la equity conforme al Act de 1881, abarca:

La compra, venta o partición de tierra o los problemas de las cargas de la tierra;

La redención o terminación de las hipotecas; ejecución de los trusts o fideicomisos;

La administración del patrimonio de los difuntos; bancarrota; disolución de las sociedades o la exigencia del

socio en las cuentas;

La rectificación, lugar o cancelación de las deudas de otros documentos celebrados por escrito; los negocios de la herencia y otros no contenciosos o negocios comunes;

Las patentes, marcas registradas, o derechos de autor; la guarda de los menores; todas las causas de materias relativas a la competencia de la High Court con relación a las compañías.

La época moderna del common law se caracteriza a mi entender, en dos desarrollos fundamentales:

El primero consiste en que las decisiones de los jueces ventilan los puntos del common law y de la equity conservando sin embargo la distinción de las dos jurisdicciones aunque éstas se vean ante el mismo órgano judicial.

El segundo resulta ser una aplicación de los principios recogidos desde el nacimiento del common law, especialmente el llamado "debido proceso del derecho", aplicándolo al acto administrativo. Como los servicios públicos son propiedad de los particulares, el Estado no podrá señalar reglas unilaterales desprendidas de su propia autoridad, a la organización de los servicios. Esto dio surgimiento a las Comisiones Administrativas (The Board Commissions), que caracterizan al desarrollo del common law en el Estado moderno inglés y como veremos más tarde en el Estado norteamericano.

SEGUNDA PARTE

CATEGORÍAS DEL DERECHO INGLÉS

La razón por la cual nos proponemos cambiar la denominación de "estructura" por la de "categorías", se funda, filosóficamente, en Aristóteles. Este filósofo, discípulo de Platón, se separa del idealismo de su maestro; Platón había sostenido la existencia de las ideas en sí mismas, subsistiendo por sí solas y de las que los hombres abrevan para lograr su conocimiento. Para Aristóteles, los conocimientos surgen de la experiencia, el análisis y síntesis; estas actividades propias de la inteligencia humana desembocan en una catalogación o agrupamiento de conceptos que reciben precisamente el nombre de categorías. En el análisis de las categorías del Derecho inglés hemos observado a través de su desarrollo histórico que la mente jurídica de los ingleses, distinguía dos jurisdicciones. En la formación de éstas intervienen dos elementos, el imperium y la prudencia. Es decir, que para la formación de los writs o acciones procesales ante los tribunales de Westminster y la evocación de la equidad ante el canciller, siglos más tarde, el espíritu inglés aplicaba una resolución práctica en la solución de los conflictos exigiendo su imperio, es decir un primer elemento, la razón práctica y, enseguida, después de haber elaborado la acción o la posible razón de equidad, el espíritu inglés reflexionaba prudentemente en los resultados obtenidos, ratificando las resoluciones judiciales mediante la invocación del precedente, o rectificando o distinguiendo, mediante la técnica de la distinción (the rule of precedent and the technique of distinction) El common law hace surgir la regla de derecho influido por el canonismo de finales del siglo XI, especialmente por la reforma del Papa Gregorio VII, que declaró que el papado no dependía de ningún concilio de obispos, influye con esta doctrina en la elaboración del concepto de soberanía en Europa y en el fortalecimiento del reino en Inglaterra; de este modo, Inglaterra continuó siendo regida por un monarca y cuando éste por las vicisitudes de la historia, pretendió abusar y destruir el common law, los juristas de la época, especialmente Edward Coke en el siglo XVII, sostienen la tesis de que el Estado tiene que estar regido por el Derecho y con el Derecho.

Podríamos entonces afirmar que la teoría constitucional inglesa que, aparentemente no realiza modificaciones mediante un texto constitucional escrito como sucedió en Europa, logra las limitaciones al poder público, por el desarrollo del common law y especialmente, sosteniendo que los tribunales de Westminster aplicarían el common law, independientemente de los gustos del monarca. Resultado de este desarrollo fue la creación en los siglos XVII y XVIII de tres documentos jurídicos: el Habeas Corpus

Amendment Act (1679), el Bill of Rights (1689) y el Act of Settlement (1701). Finalmente las categorías del Derecho inglés son eminentemente procesales y por esa razón el estudioso deberá poner atención y por esto. Dos limitaremos en nuestro estudio, a las reglas del civil procedure, y del criminal procedure, ya los principales puntos relativos a lo que ingleses y norteamericanos llaman en la actualidad business law, abarcando entre otras cosas the law of contract, the law of tort, los trust, y the law of property. En resumen puede decirse que las categorías de derecho elaboradas por el Derecho inglés parten del principio de que la Ley o el Derecho son principios generales que sirven para dirigir la conducta del hombre en sociedad; así como existen principios generales en la razón teórica del hombre conforme a los cuales el conocimiento es conducido, así en el obrar del hombre existen estos principios. El Derecho inglés forma de éstos sus categorías: "el common law", "la equity", "el parlamentarismo", "las limitaciones al poder público", y los "procedimientos e instituciones jurídicas" como principios que rigen la conducta de los hombres y conforme a los cuales van buscando el Derecho para ser aplicado en una sociedad civilizada; todo esto lo realiza Inglaterra aisladamente pero con una influencia canónica y por lo que se refiere a la teoría constitucional, estableciendo siempre la distinción entre la organización del reino inglés y la organización de la Iglesia, es decir, sin convertir al Estado en un organismo teocrático.

COMMON LAW y EQUITY

Los tribunales actuales después de la reforma de 1873, conocen indistintamente de las dos jurisdicciones pero la distinción continúa y los estudiosos destacan que la misma se puede encontrar en el campo de iniciación del procedimiento, en la toma de decisión, en el resultado y en las consecuencias jurídicas de éste.

La acción del Derecho común common law se inicia con una demanda complaint, en tanto que la de equidad equity surge a consecuencia de una petición. La decisión del derecho común common law se hace por el jurado o por el juez y la equidad equity sólo por éste, y los nombres de las decisiones reciben la denominación de sentencia en el derecho común common law (judgement) decreto (decree) en la equidad equity. Finalmente resulta más interesante saber que el common law sólo condena al pago pecuniario de daños; la equity es más amplia pues puede traducirse en una prohibición, o interdicto (injunction) o en un orden de cumplimiento concreto (decree of specific performance), o en una rescisión.

Uno de los principios fundamentales como hemos visto al hablar de las reglas de la equity, que indica que equity follows the law conforme al cual la equity se convirtió al igual que el common law en un precedente (the rule of precedent).

Las categorías del Derecho inglés se mueven alrededor de estos dos conceptos y son ajenas a la distinción de la familia romano-germánica del Derecho público y Derecho privado o Derecho mercantil y administrativo. Inmerso en el feudalismo la propiedad inmueble recibe el nombre de real property; también suele denominarse land, en tanto que los bienes muebles se designan con el nombre de personal effects o personal property. Entre los significados de la palabra property el Black's Law Dictionary la define en estricto sentido legal como "un conjunto de derechos que están garantizados y protegidos por el gobierno", en tanto que los bienes muebles o personal effects son definidos como los artículos vinculados con una persona como lo suyo que más o menos está en íntima relación con la persona o poseedor". Existen numerosas categorías jurídicas que en estricto sentido no tienen traducción a nuestro lenguaje jurídico romano-germánico. Sobresalen en este sentido los siguientes términos: trust, bailment, estoppel, consideration, trespass, company. El diccionario de Black's Law, los define de la siguiente manera, el trust: como "un derecho de propiedad inmueble o mueble", held, "transmitido por una parte en beneficio de otra"; bailment: "suministro de efectos o bienes muebles, una entrega de mercancías o bienes muebles de una persona a otra, en trust para la ejecución de un objeto específico, vinculado o en relación con dichas mercancías en beneficio del bailor (arrendador) o bailee (arrendatario) o de ambos, y en relación con un contrato expreso o implícito, en cumplimiento de las órdenes del trust; stoppel: significa que "una parte es prevenida con relación a sus propios actos, a resultas de una demanda o derecho de otra persona que está vinculada con dicha conducta o actuación"; consideration: "es la razón del contrato, la causa, motivo, precio que obliga o induce a contratar

a una parte en relación con otra, la razón o causa material del contrato"; el trespass: "es una ilegítima interferencia en la persona, propiedad o derechos, del common law, por lo que el trespass era una forma de acción a fin de cobrar daños por una injuria a otra persona o propiedad con la que se está vinculado", y finalmente la company: "es una reunión o asociación de personas para obtener un objetivo industrial o comercial".

II. PARLAMENTARISMO

Las instituciones jurídicas inglesas fueron elaborándose frente a la realidad de los hechos.

Después del despotismo de Jacobo II, el Parlamento presentó a Guillermo de Orange, una Ley de declaración de Derechos y Libertades de los súbditos determinando la sucesión de la Corona.⁴⁹ Se elabora de este modo un "Gobierno de Gabinete en forma de Democracia Constitucional",⁵⁰ Pues desde el momento en que el Parlamento se constituye en autoridad suprema que define la regla de la sucesión y el gobierno recae en el primer ministro designado por la mayoría parlamentaria, el Ejecutivo depende del Legislativo y le rinde cuentas a éste. El primer ministro designa a los jefes de los departamentos ministeriales conocido con el nombre de gabinete; estos jefes generalmente son miembros del Parlamento.

El Parlamento se compone de dos cámaras, la de los "lores" que se constituye por los terratenientes y por lores espirituales que heredan sus puestos y, la de los comunes, fundada en elecciones libres y competitivas, excluyendo por tanto las dictaduras de un partido único.

Por eso el llamado Bill of Rights "significa una declaración enfática sobre los derechos y libertades de los súbditos. El "act" o leyes del 13 de febrero de 1689, y se compone de un proemio en donde se mencionan los excesos en que habían incurrido los reyes, imponiendo que se decida entregar "cartas" a los condados, ciudades, universidades o burgos ya los cinco puertos para que eligieran a las personas que los representarían ante el Parlamento, y que se "deberían reunir en Westminster con el objeto de acordar lo necesario para que su religión, leyes y libertades no volvieran, en lo sucesivo, a correr el peligro de ser destruidas.

La carta sostiene que el antiguo consejo del monarca, constituía el Parlamento y no podría ser suspendido al arbitrio de aquél, ni tampoco podrían dispensarse las leyes elaboradas (artículos I y 11) , el artículo IV ordena la aprobación expresa del Parlamento a todo impuesto y el V declara un derecho de los súbditos a la presentación de peticiones al rey. El ejército debía de reclutarse o mantenerse sólo con la autorización del Parlamento (Art. VI) . Importantísimo resulta el artículo VIII que ordena que las elecciones de los miembros del Parlamento deben de ser libres, y el IX que consagra la libertad de expresión solamente regulada por el propio Parlamento.

El Bill of Rights fue complementado con una nueva ley, Act of Settlement, del 12 de junio de 1701, en donde se establecen nuevas limitaciones a la Corona para lograr una mejor garantía de derechos y libertades a los súbditos. Conforme al artículo III párrafo 8, el juicio de responsabilidad no podía depender del perdón del monarca.

Blackstone, comenta las palabras de Edward Coke: "el poder y jurisdicción del Parlamento es tan trascendente y absoluto que no puede ser limitado ni por razón de la materia ni de las personas, tiene voluntad incontrolable y soberana de hacer, ampliar, restringir, derogar, cancelar, revivir, interpretar las leyes o el derecho, referente a materias de todo posible género, sean eclesiásticas o temporales, civiles, militares, marítimas o criminales y por ello algunos no han tenido escrúpulo en llamar a este poder con una expresión quizás demasiado valiente, la omnipotencia del Parlamento". Se recoge de este modo un antiguo sueño del mundo, "el gobierno del pueblo", y en esto radica la razón por la que Epsteiri León, dice que el Parlamento es más producto de una evolución que de una invención, "no es resultado de un propósito constitucional: es un proceso histórico a través del cual las asambleas representantes se opusieron a los

monarcas en la Edad Moderna ".

El antiguo consejo del monarca se ha transformado en un órgano de gobierno en la que representa en primer término a la antigua oligarquía, a través de la Cámara de los "Lores" y enseguida a la nueva clase industrial y comercial a través de la Cámara de los Comunes; es decir que, de las exigencias de una sana economía emerge un desarrollo agrícola oligárquico, y una nueva industria y comercio dinámicos, y éstos quedaron representados en el Parlamento y establecieron su propio órgano ejecutivo.

La idea es que un cuerpo de representantes (Parlamento), no un ejecutivo sea la instancia decisoria en política. Este fue el principal desideratum que prevaleció en Francia en la Revolución, "gobierno por la asamblea", su desarrollo no quedó en estas antiguas líneas. En el siglo xx el control del pueblo no sólo se realiza por la elección esporádica de los comunes, sino que éste depende también de la opinión pública, que ejerce de este modo un control ante las situaciones cambiantes del gobierno. El gobierno resulta más responsable frente al electorado que ante el Parlamento y esta forma de Parlamento acerca, al decir de Epstein, el parlamentarismo a un sistema presidencial norteamericano y aun cuando se ha fortalecido el gabinete, los rasgos del parlamentarismo antiguos, no han violado el principio fundamental del ejecutivo frente al Parlamento, el cual si no tiene la mayoría parlamentaria no le queda más recurso que disolver al Parlamento, para encarnar un nuevo ejecutivo, o entregar el poder a un partido adverso. Finalmente, para concluir el tema sólo nos resta indicar, que este sistema parlamentario al decir del Estatuto de Westminster, del 11 de diciembre de 1931 se aplicó a los antiguos dominios ingleses. La palabra: dominio" designa cualquiera de los siguientes: el Dominio del Canadá, la Commonwealth de Australia, el Dominio de Nueva Zelanda, la Unión Sudafricana, el Estado libre de Irlanda y la Isla de Terranova.

III. ACCIONES DEL COMMON LAW

A continuación, y con el objeto de otorgar al lector un estudio histórico, me voy a permitir resumir en un manejo libre y con base en la obra Historical Introduction to Anglo-american Law, de Kempin San Paul, Minn. 1990, pero precisando que en la estructura y configuración del análisis seguimos fielmente los títulos de la referida obra.

Me mueve a hacer este estudio por que considero que la obra en cuestión adopta el método histórico y aclara para los estudiantes de la familia romano-germánica algunos de las instituciones angloamericanas.

Podemos sostener que, el sistema romano-germánico si bien tuvo surgimiento en las instituciones de la jurisprudencia romana, muy pronto se vio envuelto, por la concepción filosófica, de tal suerte que las tres instituciones que antes hemos mencionado, propiedad inmobiliaria, agravios y contratos, se vieron envueltos en una concepción filosófica que iremos puntualizando. Esta concepción filosófica fue resultado de la influencia helénico-romana y la ha usado, nuestro sistema jurídico de tal suerte que puede afirmarse que en tanto el sistema romano-germánico es filosófico y en algunos aspectos teorizante, el sistema del Common Law inglés surgió de un espíritu eminentemente práctico.

En el del Common Law propiamente dicho deben considerarse como fundamentales, tres instituciones, que denominadas en inglés Real Property, Torts y Contracts podríamos traducir como derechos derivados de la propiedad inmobiliaria, agravios y convenciones.

IV. PROPIEDAD INMOBILIARIA

Terminológicamente es necesario añadir los siguientes conceptos:

Feudal System Entendemos por tal un sistema político y social desarrollado en Inglaterra por los normandos en el año de 1066 basado en deberes y derechos que giran esencialmente alrededor de la propiedad de la tierra, de la posesión y de sus resultados en reciprocas relaciones.

Real State. Entiéndese por tallos bienes muebles y las tierras en posesión, los residuos e intereses restantes que pertenecían a una persona difunta y que fue registrada en título en el tiempo de su muerte.

Real State held on trust. Entendemos por tallo que se incluye alrededor de la tierra o lo que se ha dado en hipoteca o en prenda con el objeto de lograr una finalidad.

Tenancy in Common. Una posesión que no se encuentra dividida en porciones y que se tiene sobre la totalidad.

Joint Tenancy. Se entiende por tal la posesión que se encuentra dividida en porciones definidas.

Tenancy Entireties. Entiende por tal posesión que le corresponde al marido o a la mujer a la muerte de su esposa o esposo, respectivamente y que no fue señalado en virtud de que el matrimonio se celebró exclusivamente por posesión.-

Land Lord and tenant. Entiéndese por tal la relación entre el titular de la tierra y el poseedor de la misma.

Lease Tenancy. Se denomina al poseedor que tiene un interés en la tierra.

Lessee Tenant. La persona a cuyo favor la posesión de la tierra esta garantizada; podría también traducirse por arrendatario.

Lessor Landlord. La persona que garantiza la posesión.

Como indica Kempin, vinculado a la propiedad se encuentra el concepto de feudo, en latín feudum que significa un ingreso o propiedad feudal y que viene a ser "un eterno interés o producto en la propiedad". En sí mismo es difícil entenderlo, pero se puede analizar por sus consecuencias; la persona que tiene un feudo puede vender la tierra, y el comprador la retiene después de la muerte del vendedor, puede ser dejada en herencia a sus herederos o dividida en numerosos poseedores. "La idea de una absoluta y eterna propiedad sobre la tierra no surge en el sistema legal inglés, sino hasta que este alcanza su madurez." Para entender esto tendríamos que analizar los antecedentes anglosajones. Estos pueblos no conocían el feudo, y puede pensarse quizás, que sólo podían vender la tierra siguiendo tres caminos, el primero de los cuales fue aplicado en la venta de bienes rústicos (jolkland) que significa que la tierra estaba sujeta a la costumbre. Puede pensarse que era la familia la titular de esta propiedad ya la muerte del jefe de familia su control pasaba al siguiente jefe de casa.

Los problemas relativos a la transmisión de la propiedad no han surgido, sólo se indica que cuando la tierra va a ser entregada a la Iglesia se requiere la aprobación de los herederos, y esta aprobación es puramente preventiva.

Surgió entonces la idea de que para la transmisión de la propiedad a la Iglesia, o para un hombre importante se requiere la aprobación del rey y del consejo, entonces la transmisión se realizaba a través del libro de la tierra.

La venta no era absoluta pues continuaba funcionando como propiedad rústica, y esta tierra transmitida a través del libro, conserva la ocupación de los poseedores. Los adquirentes solamente exigían algunos deberes que, en número de tres se denominaban, la trinity de necesidades, a saber: El servicio militar, la reparación de puentes y la reparación o construcción de caminos. Algunas veces el derecho de heredar esta tierra se entregaba, los derechos de la Iglesia quedaban garantizados por los sucesores. La duración de la tierra transmitida por libro fue controlada en los términos del propio libro y generalmente duraba la vida del beneficiario, después de la cual se remitía a su antiguo propietario, éste es el segundo método de transmitir.

El tercer tipo, consistía en entregar la tierra a una, dos o tres generaciones, con los derechos de obtener los productos que se podían generar y éste es uno de los únicos métodos de obtener un provecho y se asemeja un tanto al arrendamiento moderno, puede a veces acercarse a una forma de permuta, usada entre comerciantes o mercaderes. Como el interés en el uso del dinero estaba absolutamente prohibido por la Iglesia y por el common law se acudía a estas formas de transmisión de propiedad para obtener el interés a través de los frutos; por supuesto que la transmisión se realizaba de generación a generación, después de la tercera, la familia la consideraba como su propiedad familiar.

a) El sistema feudal normando Fue introducido por Guillermo el Conquistador y como indica Kempin, fue resultado de la combinación de tres intereses, el económico, militar y político.

Las finanzas de los reyes anglosajones fueron bastante magras, tenían sus propias tierras, como reyes y recibían obsequios, de sus subordinados, que asumían un aspecto compulsorio. Guillermo el Conquistador tuvo necesidades que excedieron de las de sus predecesores, pues no sólo era rey de Inglaterra, sino además de Normandía, así que no sólo tenía que proteger Inglaterra sino grandes extensiones de Francia. Los normandos fueron superiores en la administración, mientras que los anglosajones gobernaron por conducto de los nobles, la característica del gobierno normando es la supresión de la actividad de la nobleza.

Para entender las instituciones, tenemos que recordar que la sociedad de aquel tiempo era una sociedad sin dinero y esto sucede hasta la época de Isabel I, la agricultura no pierde su predominio sino hasta la época de la revolución industrial. El problema fue que no podían adquirirse bienes sino hasta el surgimiento del dinero y la solución fue utilizar la única fuente económica, o sea, la tierra. El rey Guillermo consideró útil reclamar como propia la tierra de Inglaterra y la obtención de ésta sólo podía hacerse a petición al rey; de este modo podía obtener de los nobles la fidelidad pues supeditaba la entrega de la tierra a ésta.

Por supuesto que la conquista de Inglaterra en estas condiciones se tradujo en un proceso lento, con genocidios en ciertas partes de Inglaterra y la entrega de esta tierra recibió la denominación de manors. La ventaja mayor de este sistema es que las personas fueron consideradas como libres y sólo en compensación de esta libertad se les exigían servicios a favor del rey, de los cuales el más importante pero no el único fue el servicio militar; así, el feudalismo vino a significar una doble relación: el rey garantiza las tierras, pero sólo como retribución de ciertos servicios. Si los servicios fallan, la tierra se regresa al rey. En la relación entre el señor y súbdito se encuentra una relación puramente económica, el monto de los servicios o derechos, no se fundaba en el valor de la tierra sino en el equilibrio de cuánto era lo que necesitaba el rey del vasallo y cuánto se había contratado. Se suponía que el vasallo imponía la contribución a otros vasallos que le estaban supeditados, puede decirse que esto es una relación agrícola militar compleja. El consejo del rey fue seleccionado de estos grandes hombres y se llamaban grandes no sólo porque habían sido seleccionados por el rey, sino por que habían recibido tierra de él y en atención de los servicios que le iban a otorgar. El militar juraba ser el hombre del rey con toda fidelidad, y en atención al honor recibido.

Este procedimiento de obtener la milicia fue suficiente para cortas expediciones pero una permanente defensa requería un ejército mejor constituido. En el siglo XII el servicio al rey se traduce en el pago de dinero, denominada en inglés scutage y que podríamos traducir en castellano antiguo, bajo el nombre de "impuesto de las lanzas", el scutage fue suprimido con la abolición del feudalismo. El scutage, fue una suma vulnerable a la inflación que aparece o se suprime; aparentemente, los nobles interesados forman parte del Parlamento o Casa de los Lores. Por eso se requirió la formación de una Casa de los Comunes que aprobara los impuestos, en función de los cambios inflacionarios así que el scutage o escuage, fue reemplazado por el impuesto o tax.

La teoría de los servicios al rey, creó problemas a la muerte del vasallo, porque cuando esto sucedía podría acaecer que el heredero fuese enemigo del señor o le fuese infiel. Conforme a la teoría feudal el señor podía escoger al vasallo y el problema se resolvía con dinero, la suma se denominaba reliefs, o sea cantidad venida en socorro o ayuda. Otro problema se creaba cuando la hija del vasallo contraía nupcias, porque podría

casarse con un enemigo del señor, por esa razón el matrimonio debía de ser aprobado por el señor. El matrimonio venía a significar prestigio, tierra y regalos va-liosqs. Problema muy común surgía cuando a la muerte del vasallo su hijo fuese menor; debe tomarse en consideración la corta duración de la vida en esa época, de manera que resultaba más sencillo proceder a matarle para obtener los derechos hereditarios, por consecuencia los seliores feuda-les tenían los derechos provenientes de las tierras del me-nor mientras conservasen la vida de éste. El señor estaba obligado a conservarle la vida y educarlo hasta que tuviera la edad suficiente para hacerlo provechoso; la guarda del menor fue celosamente conservada durante siglos. El señor incluso tenía el derecho de ayudar a sus vasallos, con financiamientos emergentes para casar a la hija mayor o al hijo primogénito. En el siglo XIII, incluso se podía demandar la ayuda.

Finalmente, se encontraba el derecho de escheat o sea confiscación y acaecía cuando se cometía un crimen de traición, el señor recogía la tierra del vasallo. Si el crimen era traición, la tierra era totalmente devuelta al rey.

Los otros servicios distintos del militar fueron conoci-dos con el nombre de "sargenterías" o de orden inferior, significando servicio por los deberes particulares. El feuda-lismo enseñaba que cualquier señor podía crear servicios de "sargentería" o inferiores pero a partir del siglo xv estos servicios pertenecieron únicamente al rey. Vestigios de estos honores qe "sargentería" persisten en las ceremonias de coronación de los reyes.

b) Sucesión hereditaria de la tierra

En conclusión, el sistema del common law es emillente-mente feudal, no ve en la propiedad un concepto puramente metafísico y teórico, y lo llamo teórico por que nuestro concepto romano germánico piensa que la propiedad exis-te sin vínculo con las otras personas.

Los juristas del Derecho romano-germánico llaman a la propiedad ya otros cinco derechos como derechos reales, y piensan que pueden existir por sí solos cuando la verdad es que de esos cinco derechos se obtienen servicios, en este sentido es más práctico y real el sistema inglés, que vincula la propiedad con los servicios. Cuando Rousseau en su Discurso sobre el Origen de la Desigualdad de los Hombres y las Naciones. La legislación de los "anglosajones" nos es desconocida, y algunos suponen que transmitían los bienes de la tierra a todos sus hijos. En el tiempo de la conquista normanda se acepta un nuevo esquema de herencia, ésta se entrega al hijo mayor, y en todo caso se sujeta a la aprobación o desa-probación de los herederos. El primogénito es responsable de las obligaciones feudales y servicios, pero sus hermanos lo serían igual que él, si se les hubiere entregado un trozo de tierra. Esto no hubiera sido suficiente para soportar las obligaciones fiscales y los servicios. ¡.inalmente, por otro lado era preferible tratar cop un solo heredero y no con muchos. En Francia este problema tomó tiempo para solu-cionarlo. Inglaterra lo resolvió en favor de una impartible primogenitura. En el siglo XII, ya mediados de este siglo, durante el período de Ellrique II, la primogenitura llegó a ser la regla en las "sargenterías", incluso aun cuando las únicas herederas fueran las llijas se impuso la regla. Desde Un punto de vista económico la primogenitura tiene una gran ventaja, nadie duda que es menos sano que todas las personas sean pobres y no que sólo algunas tengan el So-porte llecesario, distribuyendo la tierra entre todos los hi-jos. Resulta desastroso para un único y prolífico jefe de familia ver desintegrar su patrimonio en varias generacio-nes, por lo que el establecimiento de la primogenitura fue el símbolo de una fuerte, strong and confident monarchy, fuerte y confiable monarquía. Una débil monarquía, divide el poder entre varias persollas, por lo que aparentemente es más fácil manteller una fuerte monarquía. En la época de Enrique II el riesgo no se materializó, pero en la época de Juan sin Tierra aparece, más aún, la primogenitura dema-siado fuerte para ser desplazada.

En los otros países europeos fue adoptándose también esa primogellitura, pero en Inglaterra, con los normandos, se aplica con plenitud, especialmente, a las obligaciones militares donde tiene un desarrollo militar. Aparentemen-te, son razones económicas, las que conducen la institución de la primogenitura.

Socage fue la última obligación impuesta al primogénito. Algunas áreas en Inglaterra mantienen los antiguos nombres, Kent continúa usando bajo el nombre de gabel king la costumbre de dar la tierra al último hijo (última genitura).

c) Quién tiene la posesión-servicio y la hereda de las tierras solariegas

En la época moderna los términos "posesión" y "propiedad" nos son bien conocidos, la verdad es que ambos términos son vocablos abstractos ya que no incluyen una relación personal que siempre figuró en éstos.

Propiedad y propietario no son conceptos feudales, y la "posesión" es un common law feudal.

La posesión-servicio o seisin, fue un término de relación; un señor tenía posesión con servicios en sus tierras y podía garantizarla a otras personas. Desde este punto de vista el poseedor y el sirviente tienen posesión-servicio, por lo que quedan regulados por la relación entre ellos, el poseedor tienen seisin del suelo, lo que significa que puede tomar los provechos; el señor por otro lado recibe el seisin y puede decirse en servicio, cuando sus derechos giran alrededor de la tierra, tales como feudos, tutelas y matrimonio. Por consecuencia, ninguna persona es propietaria de la tierra. El término posesión tampoco era absolutamente aplicable

d) Enajenación de la tierra

El término enajenación significa literalmente pasar el bien de una mano a otra, una persona puede venderla por dinero, cambiarla por tierra o por bienes, o donarla. Es un acto voluntario en vida; nadie puede alienar después de muerto, el poder de alienación antes de la primogenitura no es claro, en los tiempos anglosajones. Aparece el libro de la tierra, consignando la alienación consentida por los herederos. Las reglas normandas tanto del continente como de Inglaterra, revelan la tendencia de obtener el consentimiento de todos los herederos; no sólo de los hijos sino también de las hijas y otros parientes, que pueden llegar a la herencia del propietario.

Alrededor del año de 1200 ha tenido lugar un cambio. Glanvill escribe hacia el año de 1186, revelando que el antiguo sistema de aprobación aún subsiste y sólo desaparece en 1256, en el tiempo de Bracton. Aquel cambio quizá fue causado por la introducción de la primogenitura y facilitado con la doctrina de la garantía, los consentimientos que se requieren en orden a asegurar una división igual se obtienen entre los hijos. En otras palabras, un padre puede por conveniencia preferir un hijo a otro, la primogenitura elimina esta posibilidad, en adelante, el padre que ha reunido tierra, puede garantizar que él y sus herederos protegerán el título contra cualquier ataque, la garantía pudo llegar del hijo haciéndola valer en contra del comprador.

Los jueces reales, estuvieron a favor de la libre alienación de la tierra, porque en su realización como hombres del rey, pierde "la fuerza feudal colocándose al amparo del rey y poderío de la corona.

Las objeciones para la alienación de la posesión feudal vinieron del señor como la más potente fuerza. Las relaciones entre el señor y el poseedor eran personales; ¿bajo qué autoridad podía el poseedor poner a otra persona en su lugar sin autorización del poseedor? La contestación se realiza por la doctrina de la sustitución o subinfeudación.⁷⁹ Fundamentalmente el concepto feudal de relaciones entre el señor y el hombre, fue destruido por la sustitución porque el señor no pudo ya controlar quien se consideraba como poseedor y de ahí resultaron desventajas para el señor.

La ley en sí misma, sólo se aplicaba a las tierras, posesiones y herencias, y de ninguna manera a la propiedad mueble. Consecuentemente los usos ahora llamados trusts pueden ser creados, en nuevas formas de propiedad; stock, bonos y dinero en general. Las costumbres de los antiguos usos ahora indican que el feoffee fuera el cestui quiuse y el feoffee use no tienen obligación de ejecutar, excepto la entrega de la

propiedad. Consecuentemente los jueces clasifican las reglas como de trust activo, distinguiéndolo del pasivo o dry, que sólo era ejecutado si recaía en propiedad inmobiliaria. Un active trust es aquel en que los trustees tienen la obligación de ejecutar la colección y los impuestos de los fondos constituidos. Un trust pasivo es aquel que exige un título legal y no impone a los trustees a hacer algo en concreto. Actualmente el passive trusts no es ejecutable y el fundador puede demandar el retorno de la propiedad convenida bien sea inmobiliaria o mobiliaria.

En los testamentos modernos, en 1536, el use fue comúnmente empleado con el crecimiento de la clase mercantil. En particular su abolición causó considerables trastornos, las costumbres sobreviven hasta su muerte. El resultado fue la causa suficiente del Statute of wills, 1540, que provee testamento para todas las posesiones y en las dos terceras partes de las posesiones militares. A partir de la abolición del feudalismo de 1660, la posesión militar fue suprimida y la tierra pudo estar sujeta a las disposiciones del testamento. Con el advenimiento de la revolución industrial y las formas corporativas de los negocios, enormes fortunas inimaginables llegaron a existir y fueron potentes competidores de la organización política del gobierno. Vinculado con las necesidades de éste se expresaron en las más variadas tareas y fueron sujetos de disposición de propiedad testamentaria. Incluso el derecho de hacer testamento se puso en duda y los impuestos hereditarios pasaron de una a otra generación. El impuesto sobre la renta sólo fue aceptado cuando se redistribuyó el propio impuesto en vida, puesto que los impuestos hereditarios llegaron a nulificarse por la concentración del poder económico en familias y grupos. En el pasado feudal de Inglaterra se pagaba para obtener las herencias; ahora los sucesores pagan impuestos sobre la renta.

El Tort ha quedado definido como una injusticia privada ajena al contrato. La responsabilidad del Tort surge del rompimiento de un deber elemental de cuidado sellado por el derecho.

Puede traducirse como agravio o injuria y los tratadistas indican que la palabra tiene su origen etimológico del latín tortus, que a su vez la tomamos del francés que significaría equivocación, torcimiento o torcido.

El término tort abarca muy diferentes clases de equívocos, por lo que los juristas ingleses dicen que puede describirse pero no definirse. Si se provee a los remedios en realidad éstos surgen a propósito del rompimiento del contrato. Desde el punto de vista procesal, los ingleses indican que sería una injunction en contra de futuras violaciones de derechos. Los torts se refieren a injurias de la persona a las propiedades o a la reputación. Se dice que la oveja muerta no tiene acción contra el lobo, no importa que la injuria fue intencionalmente infringida, accidental o inevitable, pues esto no marca ninguna diferencia.

El problema que se presenta ante las cortes y legislaturas, se encuentra en determinar a qué costos se extiende la satisfacción y la injuria. El tort law fue desenvuelto en una forma muy amplia y los vientos actuales que se respiran en las cortes son favorables a los actores.

Los cambios del costo de la injuria han sido ventilados en muy diversos caminos. Se atiende en la persona que causa la injuria sin tomar en cuenta la persona que la ha recibido, se pone atención en la falta, y bajo este aspecto no será procedente sino cuando se ha aclarado el término falta. Finalmente, hay una tendencia a la absoluta responsabilidad si se produce una injuria debe hacerse responsable. La falta de intención de injuriar y la ausencia de reconocimiento de la falta puede ser inmaterial.

Estos principios se han desarrollado en moderno common law y el common law no nos indica porqué no se llega a la compensación de una persona injuriada, sino después de una serie de reglas que han sido llamadas reglas de no duty es decir, impuestas en caso de "no responsabilidad" y son la asunción del riesgo, la contribución a la negligencia y las consecuencias de ambos. Es difícil, sino imposible, encontrar un caso en que haya una injuria que no haya sido compensada, cuando se eligió la falta, o lo que nosotros llamamos culpa, o lo que actualmente se llama negligencia, se ha llegado a la moderna teoría del tort law. El fundamento de las compensaciones a los trabajadores es un producto de la responsabilidad de casos que observa sin mirar la intención o la falta las injurias causadas por sus productos.

a) El antiguo common law

No distinguía entre crímenes y torts, las injusticias eran llamadas felonías (felonies). En las ofensas punibles denominadas felonías se entabla la batalla que decide la culpa-bilidad del acusado, pero existe un grupo de ofensas referidas a los violadores y transgresores del derecho, y así dijo Blackstone que cada crimen es una transgresión, pero, no toda transgresión es un crimen, *every felonie is a trespass, ; but every trespass is not a felonie*, existe un grupo de violaciones en que la ofensa se llama misdemeanors y aquello que llamamos torts fue mezclado con crimen. Todas las ofensas fueron sujetas de penas y multas, pagables en parte a la Corona y en parte a la persona injuriada. \j

El writ of trespass, significa acción de crimen, la palabra j trespass fue ampliada en muy diferentes tipos de acciones torts civiles; pero nunca fue aplicada para las antiguas acciones. Las acciones relativas a la propiedad inmueble o las referentes a los muebles, deudas o cuentas no fueron tort porque no se basaban en la injuria cometida al demandante. Existe una línea que caracteriza la defensa de lo que nos corresponde y de lo que hemos sido privados. El writ of trespass fue usado en las cortes reales, especialmente en el King's bench; bajo este writ las ofensas pequeñas fueron separadas del tort, el writ of trespass servía de fundamento para alegar la paz del reino, pero después, fue abandonado el alegato. Una temprana forma de writ acusando al demandado de haber cometido asalto y violencia en contra del actor, se argumentaba como contrario a la paz del reino. Las últimas frases fueron usadas en las jurisdicciones del rey sobre aspectos civiles que no eran criminales. La palabra felony no fue usada en un procedimiento de "responsabilidad"; entendiéndola como una acción privada. En este caso, el actor probando su demanda recuperaba daños por el asalto y la defensa sufrida, y el rey podía imponer una multa. El writ of trespass apareció en el año 1250, y fue ampliamente desenvuelto en el siglo XIII, esto significó una desventaja para los demandantes, pues se otorgaba una justicia imparcial, ante los jueces del rey.

b) Las acciones nominadas del trespass

Como su nombre lo indica se regulaban con nombres, es decir eran nominadas. Las que concernían a la persona fueron denominadas *Vi et armis* con violencia y armas; el trespass relativo a la propiedad fue llamado *quare clausum regit*, por el despojo de lo que nos corresponde. Finalmente, el trespass relativo a mercaderías fue llamado *de bonis asportatis* (por toma indebida de los muebles) , estas formas fueron aplicables solamente en hechos.

C) Las acciones de trespass innominadas. Otras acciones de trespass fueron desarrolladas en los límites de los *um'ts* específicos y variaron de caso a caso éstos fueron llamados *tres pass on the case* indicando con esto que el *um't* obtenía formas reflejadas en la verdadera descripción de los hechos. Estas circunstancias del *tres pass on the case*, a menudo llamado simplemente *case*, fue la materia de disputa de la interpretación del art. 24, del Statute of Westminster the Second, 1285.

La ley fue creando autoridad al canceller para instrumentar acciones en el *tres pass on the case*, una moderna teoría del profesor Milsom 118 indica que, el *tres pass* fue usado en casos sombríos tales como asalto, violencia, despojo de tierras y casos en donde la conducta no era obvia, el término *case* sólo apareció hasta 1370.

d) Teorías de la responsabilidad bajo el writ of trespass En la actualidad, la doctrina del *Stare Decisis* invita a los abogados ya los jueces a pensar en los términos de los precedentes legales, de aquí se obtienen reglas detalladas. Los abogados medievales tx:adicionalmente, no usaron este método; no tomaron en consideración las opiniones judiciales en el sentido moderno. El objetivo del common law medieval fue producir un resultado fundado en la razón y los abogados sabían que la razón no es un monopolio de la profesión legal. La teoría de la responsabilidad bajo el *um't of trespass* no fue desenvuelta. El objetivo de los abogados era obtener una correcta decisión basada en un entendimiento común. El *um't of trespass* inicio su desenvolvimiento en la Corte de King's Bench, a mediados del siglo XIII, y abarcaba aspectos de

responsabilidad, tales como asalto con violencia, robo de mercaderías y despojo. En las cortes reales la más antigua denominación de las acciones de trespass por injurias fue, el trespass vi et armis que imponía responsabilidad por actos que implicaban el rompimiento de la paz causada por injurias directas.

Las violaciones que no se ventilaban alegando la paz del reino fueron desahogadas en las cortes locales. Las soluciones en estas cortes variaron de lugar a lugar porque no existía un derecho local clasificado como responsabilidad. Cada vez que se alegara el peligro de la paz del reino, la demanda podía ventilarse en las cortes reales. El alegato fue omitido si el actor prefería las cortes locales. Los alegatos en ocasiones eran falsos, pero las cortes reales sólo tomaban en cuenta si en verdad corría riesgo la paz del reino. Hacia finales del siglo XN, las cortes empezaron a recibir acciones de trespass, inclusive aunque no se alegase el peligro de la paz del reino, por supuesto que si esto se indicaba en la demanda tenía ciertas ventajas. En función de lo no alegado las cortes inferiores en el siglo XVI, comenzaron a referirse a los casos que en ese camino podría pues ejercitarse la acción alegando o no, el rompimiento de la paz del rey. En 1617, en el caso Weaver v. Ward aceptaron la excusa de la inevitabilidad, y el trespass fue sin su falta. En el siglo XVII, una nueva teoría afirmó que el trespass era por injurias directas y, el case por injurias indirectas. En 1773, en el caso de Scott v. Sheperd, colocó en los jueces, el problema de si el trespass era la forma apropiada de la acción, en el caso de Sheperd intervienen dos personajes: Willis y Ryal. Scott eligió no demandarlos pero si a Sheperd, el juez Justice Blackstone, pensó que la injuria era consecuencia no inmediata, y que en este caso no podría demandar a los otros.

La mayoría opinó en forma contraria, pensaron que Sheperd que había dañado. La injuria había sido inevitable a causa de los actos de Sheperd y fue causada por su intención en una omisión indiscriminada. Se sostuvo que Willis y Ryal no fueron libres y que actuaron por necesidades compulsivas para su propia satisfacción.

En estas circunstancias el trespass on the case comenzó a tratar los casos donde había negligencia; En el siglo XIV esos casos de trespass alegaban fuerzas y armas y el rompimiento de la paz del reino, sin mencionar las omisiones negligentes. Cuando las cortes reales cesaron de alegar las fuerzas y las armas para el rompimiento de la paz, la acción de trespass on the case empezó a aceptar el incumplimiento de los deberes y las negligencias. Una multitud de figuras fueron abarcadas en este nuevo writ.

En el siglo XIII, la concepción jurídica ha llegado a ser más clara. Si un acto era resultado de injuria no voluntaria; el trespass, lo abarcaba. Si la involuntariedad era accidental, el trespass funcionaba estimándose como injuria que devenía a consecuencia de los actos. Las faltas eran inmateriales, y el demandado se consideraba como responsable. En el trespass on the case las faltas eran básicamente elementales. La demanda procedía si probaba la falta alegada, si la injuria no abarcaba la falta del demandado el hecho de que se alegase el resultado.

e) Conclusión

El cambio del tort law hacia la doctrina de la responsabilidad es más amplio de lo que pueda uno suponer y en cuatro casos puede ejemplarizarse:

1. Responsabilidad de los empleadores por las injurias sufridas por sus empleados en el curso del trabajo;
2. Responsabilidad por daños sufridos a las personas en la construcción de edificios;
3. Responsabilidad en las instituciones benéficas por daños cometidos por sus empleados, y,
4. Responsabilidad de los industriales por las injurias causadas por defectos en sus productos.

En el siglo XIX el common law, sufrió un cambio sosteniendo que los empleadores eran responsables de las

injurias sufridas por sus empleados, y al respecto se adoptaron tres excepciones. La primera mencionaba la contribución a la negligencia, en este caso si el empleado era negligente el empleador no era responsable de daños. Otro método de defensa se encontraba en la asunción del riesgo, el empleado conocía la peligrosidad del trabajo y asumía los riesgos. El tercer camino de defensa recibe el nombre de doctrina del trabajador compañero, si la injuria ocurría, era a causa del compañero y en este caso el empleador no era responsable.

VI. CONTRACTS

Al decir de Kempin, la palabra contract corresponde a la artesanía legal, comprende el dar fuerza a una promesa o promesas que sucederán en el futuro.

El common law sobre los contratos concierne a los elementos por virtud de los cuales las promesas serán forzadas ante las cortes. Deben distinguirse dos tipos de contratos, el primero corresponde a una transacción primitiva y es el contrato de venta. En estas ventas elementales no hay promesas futuras que se envuelvan. El segundo se vincula con una transacción sofisticada que abarca varias conductas futuras. Con vistas a la historia de los contratos en el common law angloamericano debemos distinguir el contrato formal del informal. El primero es un documento escrito, consagrado bajo sello; el contrato informal surge de los hechos o de una situación o expresión verbal o escrita. Los contratos formales e informales derivan de diversas fuentes, el común, o sea, el formal surgió protegido con el writ of trespass on the case. El contrato formal es mucho más antiguo y surgió el día en que se dio significado formal a los actos solemnes, especialmente cuando estaban acompañados de una ceremonia. Formas tempranas de contratos surgen cuando el gobierno central fue afectado por problemas y no con las disputas puramente privadas. Consecuentemente, a principios del siglo XIII las cortes reales sólo tuvieron jurisdicción sobre disputas de tierra y crímenes importantes. La primera se explica por la importancia de la tierra en la concepción feudal y la segunda fue esencial para una sociedad ordenada.

Las cortes de la Iglesia inspiradas en los principios básicos del Derecho romano y en los de la teología, sostuvieron la teoría que el rompimiento de una promesa era el rompimiento de la fe, sobre la cual la Iglesia reclamaba jurisdicción. En las cortes de la Iglesia una promesa acompañada de una joya de mano o arras se reconoció como obligatoria. Las cortes reales no intervinieron en el derecho de las cortes locales para escuchar disputas que no interesaban al gobierno local, sin embargo desaprobaron las prácticas de las cortes de la Iglesia de inmiscuirse en estas materias y la imposición de penas civiles. Esto fue claramente expresado en la Constitución de Clarendon en 1164, que marcó para estas disputas la jurisdicción del common law. En consecuencia, la justicia del rey abarcaba la transacción que venía o no acompañada de una prenda. En adelante un defraudador que se negaba a cumplir una promesa acompañada de una prenda era culpable de perjurio, y el perjurio era una ofensa moral sobre la cual la Iglesia tenía jurisdicción. Con estas bases las cortes de la Iglesia ordenaron el cumplimiento de la promesa. Las cortes reales de tiempo en tiempo emitían un writ of prohibition demandando que las cortes de iglesia desistieran de fundamentar en fuerza esas promesas. La práctica sólo fue abandonada hasta siglo xv. Las cortes iniciales otorgaban fuerza a los contratos a través del concepto de prenda.

Si una persona había hecho una promesa fundamentada en una prenda como garantía de su cumplimiento, la promesa no cumplida tenía como consecuencia la pérdida de la prenda. La prenda entonces si la llamada wed o gage, tiene un resabio moderno en las casas de empeño (Pawn shop). Cuando una persona lleva muebles a la casa de empeño obtiene un préstamo y si no pierde la prenda, por esa razón los empleados de la casa de empeño retienen para sí las cosas empeñadas. Eso nos conducirá a entender las hipotecas como prenda de muerte (mortgage). La persona que necesita dinero y que entrega su propiedad inmobiliaria no la transfiere y podrá recuperarla si repaga la suma. El common law de mortgage tuvo varios cambios. Remanente es la ceremonia cristiana del matrimonio en la que el novio da en prenda su honor como seguridad de la promesa de cuidar a su mujer, y ésta a su vez será el guardián. La prenda moderna de seguridad envuelve una promesa de repagar que constituye la base de la obligación.

2. Acciones del common law alrededor de la naturaleza del contrato

Los primeros jueces y abogados no pensaron en las modernas categorías de contratos e injurias, sólo acudieron a acciones encuadradas en el sistema de umts. Algunos umts del common law son predecesores de los contratos. En la actualidad se acepta la definición de contrato expresada en el *restatement of contract*: "Un contrato es una promesa o conjunto de promesas para cuyo cumplimiento el common law, da acciones y en caso de cumplimiento el common law lo reconoce como una obligación." Sin embargo, el common law nunca avaló las promesas en sentido directo, y por consecuencia, sólo tardíamente cayeron en la definición moderna. Los umts del common law que fundaron los modernos contratos fueron denominados, *debt*, *covenant*, *detinue* y *account*, y surgieron en el siglo XII, y han estado vigentes 'j' por cinco siglos durante los cuales obtuvieron cambios importantes.

• Acuerdo

La palabra *covenant* significa acuerdo. Para que pueda exigirse es necesario que se haga por escrito. Aparecen estos umts en siglo XIII, con el propósito de proveer una acción dirigida a los vendedores de tierras que han roto su promesa. El remedio era necesario para que los posesores, (*possessory assizes*) fueran protegidos. En principio las acciones sólo estaban vigentes al término del arrendamiento, más tarde algunos daños fueron impuestos. De ahí el uso de *covenant* se extendió a toda clase de acuerdos. Si "se tenía éxito se condenaba al demandado a dar cumplimiento al acuerdo, y si éste no cumplía con el contrato se le imponía el pago de daños. Estos acuerdos eran promesas de hacer algo en el futuro, tal como después definirá el contrato. Sin embargo en el siglo XIV, las cortes exigieron que los acuerdos se hicieran bajo sello, entendiéndose por éste, cualquier símbolo adoptado para identificación. Generalmente se imprimía en cera que era colocada en el documento escrito ya la cual la persona marcaba con su anillo; los anillos eran individualmente hechos e identificables, el sello provocó un cambio en la concepción, pues antes del mismo sólo se pedía un documento escrito. En adelante el documento mismo fue el acuerdo. El instrumento sellado se llamaba a *deed* y mostraba que éste había sido colocado por el demandado, el cual no podía denegar la obligación y cambiar el common law en contra del *deed*. Sin embargo, el demandado podía alegar en contra del instrumento sellado que había sido falsificado, sujeto a violencia, o a un error obtenido de un iletrado. El requerimiento del sello significa que el *writ of covenant*, no pudo ser usado para forzar acuerdos informales. El desarrollo del contrato exigió otros writs para forzar los acuerdos informales, lo que acaeció en el siglo XVI. Las acciones con documentos sellados continúan vigentes en Estados Unidos, y aún hoy día, en estos casos, el contrato llamado contrato formal es ejecutado sin tomar en cuenta la existencia de la causa o *consideration* de las técnicas de oferta y aceptación.

La acción de *debt* probablemente adoptada después una amplia práctica en las cortes locales se menciona alrededor del año 1187, en la época de *Glanville's*, y en las siguientes cincuenta años logro su desarrollo. Confronto a la acción de *debt* una persona deberá pagar el precio convenido una vez que sea requerida. En principio la acción de *debt* podía hacerse valer en las cortes reales cualquiera que fuese su monto. Esto no significa que los casos de *debt* de más de cuarenta chelines no pudieran ser ventilados en las cortes locales, es decir, treinta y nueve chelines y once pounds, pero en realidad el *writ of debt* funcionaba por más de cuarenta chelines. Una reclamación de acción de *debt*, debería provenir de un documento bajo sello, pero podía hacerse valer sin el documento bajo sello, y en ese caso la relación se probaba con la producción de consecuencias o con testigos especialmente llamados para la transacción. El actor no podía testificar, después del Estatuto de Mercaderes de 1283, y sólo pudieron usarse duplicados del documento llamado reconocimientos (*recognizances*).

Entre la persecución de la obligación y el reconocimiento se configura la *conditional bond*, antes de recibir el dinero el deudor podía firmar un bono prometiendo pagar el doble de la cantidad de deuda, si no cubría fielmente en el prometido día, el bono era anulado, si el deudor pagaba la cantidad en la fecha prometida o antes de la misma. El doble de la suma no se consideraba interés, que para la costumbre de la época era ilegal en todas las instancias, porque el deudor podía anularla pagando la suma de la deuda.

Los bonos condicionales fueron usados para forzar los contratos formales sometiendo las disputas a la arbitración. Los bonos proveían que si no se cumplía de acuerdo a la decisión del árbitro se pagaría un dinero a título de pena-lidad. Si no existía el bono formal la decisión del árbitro sólo podía ser forzada mediante una *actio in debt*.

La *actio in debt*. Se asemeja al moderno contrato, porque no requiere el alegato de una promesa sujeta a suma cierta, aunque constituye una deuda diferida de un lugar a otro.

- Las acciones relativas a las mercancías

En el tiempo de Glanvill's (alrededor de 1180), la deuda podía ser pagada con dinero o con muebles. En el siglo XIII estos dos usos llegaron a ser *fonnas* separadas de acción. La *debt* fue usada para demandar dinero; la *detinue* para demandar mercancías, que habían sido entregadas al demandado y éste no había regresado. Originalmente la *actio of detinue* se fundó en un *bailment* o sea en una entrega temporal de la posesión de mercancías y que se rehusaban devolver. La *detinue* se usó para recuperar muebles, incluso, cuando no existía *bailment* y por consecuencia *predio*, su elemento contractual. Más tarde fue adaptada para recobrar el precio debido en el contrato de compraventa pero esto fue resul-

tado de un desarrollo moderno del contrato.

c) Acciones contables

La última de las acciones precontractuales fue el *account*; desarrollado probablemente a principios del siglo XIII, se usaba en contra del demandado que había recibido *propiedad* del actor, para beneficio del propio actor. En esas circunstancias se puede distinguir el *detinue*, porque el *bailment* era para beneficio del demandado. La acción de *account*, constituye el remedio original del vendedor de tierras en contra de los arrendatarios que habían recibido dinero o mercancías. Desde este punto de vista se extiende en contra de mandatarios, socios, y aquellos que habían recibido: aportaciones para invertir las, no se dio remedio en adelante sino en contra de tierras dadas en *trust*, para extenderlo y requerir al demandado algo que previamente ha prometido devolver. La *account* toma algunos elementos del contrato, básicamente se funda en la existencia de una relación formal (arrendamiento, mandato o sociedad), que da surgimiento al deber de contabilizar o hacer cuentas.

En el curso del siglo XIV, como consecuencia de los abusos habidos en el cobro de auditores fingidos, al servicio del actor, el derecho de los auditores para colocar a los deudores en prisión fue virtualmente perdido, y las acciones *in debt*, para cobrar los montos debidos, quedan atrás, pues los auditores no encontraron elementos para accionar el *common law*.

La acción termina con el uso de las novedades contractuales que fueron desenvolviéndose. Incluso las Cortes de la Cancillería desarrollaron un procedimiento de contabilidad mucho más adaptable a las condiciones en contra de los mandatarios y fiduciarios. Ningún cambio del *common law* hacia el juicio con jurado fue usado, y el *canciller* o maestros en *cancillería* supervisaron el procedimiento contable. Los procedimientos de equidad fueron usados desde ese día para obtener cuentas de los mandatarios fiduciarios, y otros administradores de propiedades en beneficio de otra persona.

e) Transformación de las acciones contractuales

Covenant, *debt*, *detinue* y *account*, desaparecieron frente a las acciones modernas contractuales y no fueron usadas más para el cumplimiento de las promesas. Las razones particulares provocaron su terminación o reemplazo. *Covenant*, requirió un documento sellado y esta *fonnalidad* fue impropia para usarse en las transacciones mercantiles. El *debt* sólo funcionaba cuando la suma reclamada era cierta, y si no lo era, la acción no procedía a menos que hubiese una forma sellada el demandado podía evadirla. En adelante la

acción de debt no pudo ser usada en contra de los ejecutores o albaceas de las sucesiones de personas, porque los ejecutores no podían hacer prevalecer el common law en el caso de una persona muerta. Además la acción fue abusada e impopular y la misma, fue cambiada por una moderna teoría del contrato.

Detinue, fue usada para cambios del common law. No proveía acción si el mueble era regresado en condiciones dañadas y el demandado incluso podía elegir pagar el precio del mueble a regresar. La acción fue subrogada por una nueva acción denominada trover: La teoría del detinue sostenía que el demandado ostentaba ilegalmente la propiedad pero en la teoría del trover se sostenía que el demandado había convertido los derechos de la propiedad del actor en su propio uso.

La acción de account fue cada día más complicada; sus limitaciones a las personas en ciertas relaciones impidió su desenvolvimiento de la teoría contractual. Como hemos visto sobreescribió por otro procedimiento del mismo nombre desarrollado en la Cancillería.

f) La mezcla de las acciones delictivas aplicadas al contrato

Aun cuando los conceptos de trespass y de contrato surgieron separadamente, tienen una fuente común; el término que conecta a los dos conceptos, es el deber duty, la base fundamental del common law de los torts, es la existencia y rompimiento de un deber; la assumption de un deber constituye la esencia de todo contrato. En el common law del tort los deberes se imponen socialmente, en el caso del contrato el deber es socialmente aceptado por el acuerdo.

Los writ of trespass en las cortes reales alegaban el rompimiento de la paz del reino. Este alegato dio a las cortes reales su jurisdicción, sin eso el caso no pasaba de ser una disputa privada que se ventilaba en las cortes reales. El trespass se basaba en una injuria directa y violenta. La paz del rey quedaba alterada, peligraba su familia y su servidumbre. Hasta 1328, la paz del rey murió con el rey y en adelante la injuria cometida fue suficiente para ventilar la acción.

En el siglo XIV, fueron presentados muchos casos en el que se alegaba el rompimiento de la paz del rey, pero dicho alegato era ficticio y exclusivamente se hacía para ventilar ; el caso en las cortes reales. Un caso importante del desarrollo inicial del trespass on the case, fue el caso de Bukton frente a Townsen (1348) que más tarde fue conocido con el nombre de Humber-Jerry Case. Un transbordador Jerry, recibió la demanda a propósito del transporte realizado en el río Humber. El trabajador hundió el Jerry, ya consecuencia de esto un caballo se ahogó. Una parte fundamental de la decisión se basó que el King's Bench debió haber estado en York en lugar de Westmminster, lugar de su permanente estancia. En York no existía el King's Bench porque en todo caso la controversia se ventilaría en las cortes locales, donde la diferencia entre el trespass y covenant no era importante, el caso fue llevado en forma de trespass, porque si se alegaba la acción de covenant el caso no podía ventilarse en el King's Bench sino en el common plea.

El demandado argumentó que la acción no debió haberse presentado como una causa de covenant y que el trespass no era recomendado porque no se alegaba el uso de la fuerza y de las armas, el juez sin embargo pensó que el trespass era propiamente alegado ante la impericia del demandado en conducción del Jerry. El actor alegó, una assumpsit, es decir, un deber asumido por el conductor del Jerry pero el juez declaró que existía trespass.

Dos décadas más tarde las cortes reales aceptaron acciones de trespass, aunque no se alegasen acciones de fuerza y armas en contra de la paz del reino, en 1332, el caso de Jerry's case estableció la modificación. Otros casos fueron llevados en contra de doctores y cirujanos, por tratamiento impropio, incluso basados en los hechos del caso, estos casos fueron llamados trespass on the case, on an assumpsit. La palabra assumpsit significa un deber asumido y sobreentendido. Fue primeramente usado en 1387. Las bases de la assumpsit, fueron una acción de tort, en la que el demandado ha cometido un daño en el trato de un animal o persona. En la Edad Media los malos marineros fueron considerados tanto por daños públicos, como por daños

privados; los cirujanos fueron perseguidos por malas prácticas en las cortes criminales y sancionados penalmente, y en las cortes reales en adelante esas demandas fueron acciones de trespass privadas.

Variantes del Common Law se aplicaron en las acciones que trespass on the case. Se admitieron demandas en las que el demandado no había actuado de acuerdo con los trabajos y esfuerzos normales que se requiriesen y en esas circunstancias el demandado tenía que pagar o llegar a un acuerdo para el pago. Se le pudo demandar a los marinos en esas circunstancias. Estos casos abarcaron actos que fueron de acciones ilegales. Esto fue llamado misfeasance, para distinguirlo del nonfeasance, que abarcaba una abstención. En el siglo xv, se estableció una actio in the case on the assumpsit, no ligado a la no actuación o nonfeasance. Para poder prosperar la demanda se necesitaba que la promesa implicara no hacer algo; ésta podía incluso hacerse en documento escrito bajo sello y su rompimiento se remediaba por una acción inconvenient. La dificultad fundamental se colocó en el siglo XV, especialmente cuando los juristas no permitieron una demanda de trespass por casos de nonfeasance, puesto que el remedio del nonfeasance, estaba cubierto por el writ of covenant. La regla que se estableció fue que si una antigua acción proveía un remedio, esta acción debía agotarse, pero tal requerimiento concierne a la promesa en conciencia. En el siglo xv, el deber del demandado fue impuesto porque ha tomado posesión o control de la instrumentación cuando realizó la injuria. Desde el momento en que se coloca en un control, se asume el deber de cuidarlo. En los días subsiguientes algunas ideas abarcaron el deber impuesto a los demandados socialmente y no individualmente, porque fueron common callings, en el cual se impone un deber de cuidado; los individuos especialmente escogidos fueron los que realizaban una labor profesional en que la gente solicita sus servicios tales como los de doctores cirujanos, conductores de naves y de carretas. Los trabajadores comunes fueron incluso por ley contratados por alguna baja forma de salario.

g) Venta de efectos en la época moderna

Un desenvolvimiento de la acción of debt a finales del siglo xv, hace surgir la evolución de la idea del contrato. Esta acción novedosa requería que el comprador actual recibiera los efectos antes de que el vendedor pudiera exigir el precio, el comprador no recibe beneficios que es la esencia de la acción, of debt hasta que las mercancías han sido entregadas. En ese tiempo, sin embargo, se exige que el título de las mercancías se entregue cuando el contrato llamado (bargain and sale) hubiese sido roto, y, a este efecto, el vendedor hubiese retenido la posesión aguardando el pago. En adelante el comprador recibe un beneficio, el título de las mercancías. Consecuentemente el vendedor pudo demandar al comprador en deuda (in debt) por el precio convenido, ofreciendo la entrega de las mercancías si el comprador rehusase aceptarlas. Como corolario el comprador pudo ofrecer el pago y ejercitar una acción de detinue en contra del vendedor, si éste rehusase a hacer entrega, teniendo el título de las mercancías.

En las cortes del common law, la entrega del título no se aplicaba a las adquisiciones de inmuebles. En teoría, finalmente, la entrega de posesión fue necesaria para constituir y efectuar la exigencia. A finales del siglo xv la Cancillería desarrolló la teoría del equitable title, como título reconocido en la corte de equidad que se lanza al tiempo del acuerdo.

h) Garantía modernas

En la actualidad pensamos en las garantías de los contratos, y tenemos garantías expresas en palabras o escritas o incluso, garantías implícitas que realmente son impuestas por el common law. Podemos hablar de garantía expresa en el caso de engaño provocado a inducir a contratar y en este caso, surgen las bases de la rescisión de un contrato inducido fraudulentamente. En los tiempos que estamos analizando hablamos de una garantía sobreentendida con el nombre de deceit; en la actualidad pensamos en un engaño como algo construido y hecho con la intención de que la víctima crea en él. ¿Acaso puede establecerse una construcción de hechos inocentes, creyendo que esto es verdad? Desde el punto de vista del que escucha la distinción no es importante. Así crea plenamente, o sea, inocente, sufre los efectos del engaño. En la actualidad esta actitud cae en la acción de innocent misrepresentation, La Edad Media no distinguía la posición del sujeto. El

common law, se fija en el resultado no en 'la actitud mental de la persona que se le hace el engaño. Un *deceit* era un engaño de hechos materiales, sin importar la intención de la persona que lo hacía. En adelante en el siglo xv, si alguien vende efectos y otorga una garantía expresa concerniente a éstos, el rompimiento de la garantía daba remedio con el ejercicio de una acción de *trespass on the case for deceit*, esta última categoría se distinguió del *debt and detain*. ¿Qué palabras constituían la garantía?, esto se planteaba al jurado. La garantía expresa en el siglo XV no formaba parte del contrato sino como cláusula separada. Para referirse a la garantía como formando parte del contrato fue necesario garantizar el *covenant* su rompimiento del mismo *covenant* o contrato. Un *covenant* forzoso requería un sello en las cortes reales. La acción de *trespass on the case for deceit*, en adelante proveyó el remedio sobre las bases de que la equivocación que es la base del *trespass*, hubiese sido efectuada. En adelante la intención o falta de una persona que había dado la garantía era imaterial y, por cuanto la responsabilidad se tomó como absoluta, la acción del engaño era distinta de los elementos contractuales. Sólo había engaño porque éste era esencial en la acción de *trespass*, pero no por culpa o negligencia.

i) Las acciones alrededor de los vicios del consentimiento

Sólo torturando la lógica puede encontrarse error donde no había sido dado. Sólo excepcionalmente se ejercía con el writ of *covenant*, pero no fue remedio para el *non feaseance*, por no hacer nada. Tardíamente en el siglo XV las cortes locales en Londres, proveyeron un remedio para el *non feaseance*, a través de la acción, of *trespass on the case on a deceit*, en un caso un demandado fue interpelado por *dessein* en la venta de un feudo, como libre. La venta fue rescindida y el demandado colocado en prisión, en función de una sanción por el engaño en contra de una ciudad, hasta que regrese el dinero recibido por la tierra. En otro caso *Jondinense*, el vendedor que había recibido el precio procedió a vender los efectos a otra persona. Fue también colocado en prisión aguardando la restitución del precio. En Londres, *covenant*, no requiere documentos sellados, basta el argumento de que faltó al convenio.

El caso más conocido de las cortes en este período fue el *Dogie's Case* en 1442, la transacción acaeció en Londres. El demandado con dinero recibido contrató la entrega de ciertas tierras al actor. Entre tanto conviene la venta de la tierra con una otra tercera persona, se alegó el engaño; el demandado objetó que la acción provenía del *covenant* y que no se trataba de un documento sellado. Además, incluso con un documento sellado en una acción in *covenant*, pudo suceder que el actor, puesto que *covenant* exigía una orden de exacto cumplimiento, pudiese vender al demandado la tierra a una tercera persona; una gran discusión surgió al respecto, y la acción fue juzgada como objetada. Este caso fue de puro no cumplimiento (*non feaseance*) El demandado actuó mal, incumplió la promesa convenida vendiendo la tierra a una tercera persona.

Contrario a la práctica de Londres el *deceit* en las cortes reales no hacía procedente la restitución en el precio, sino al pago de daños determinados por un jurado. El profesor Milsom 132 ha opinado que esto tuvo lugar cuando el concepto de *deceit* como se aplicaba en las cortes de Londres, fue tomado en las cortes reales. En éstas, la razón del requerimiento de un cumplimiento exacto fue resultado de una orden de restitución del dinero pagado, en razón de que el *deceit*, también era una ofensa en contra de la ciudad que se castigaba con prisión. En las cortes reales la restitución no fue el resultado de la acción in *deceit*, esto en razón de que el *deceit* abarcaba un puro no cumplimiento (*non feaseance*), en esos casos los abogados convinieron en que el *covenant* era la única acción. El hecho de que el *covenant* fuese aplicado para la restitución de la tierra convenida, no surgió desde el principio. La posición del problema del comprador no era clara: si el convenio no era esencial en el *covenant*, ¿porqué era en el *trespass*? Otros casos cercanos de puro *non feaseance* se practicaron. El *trespass* incluso, fue usada en el siglo XVI, en contra de las personas que no pagaban las mercancías entregadas a su pedido a una tercera persona. En 1535, en *Holygrave v. Knightsbridge*, en un caso ventilado ante el *King's Bench*, el juez *Fitzgames* presentó un caso hipotético. Un hombre que quería comprar una pieza de algodón y venderla de inmediato en efectivo, el vendedor no tenía efectivo, otra persona dijo: dadme los vestidos y yo los pagaré en una fecha determinada. El juez resolvió que la deuda no ligaba, porque el promisor no había recibido nada y esto sería propio de la

acción on the case.

j) El contrato entendido como cambio de consentimiento

El siguiente paso fue un cambio muy importante para la doctrina; la validez de una promesa mutua de ejecución. Este caso fue ventilado en el King's Bench y denominado indebitatus assumpsit.

k) Extensión del contenido del contrato abarcando el cuasicontrato

Slades frente a Morley, caso ventilado en 1602, fue verdaderamente simple. Slades alegaba que a petición de Morley, había convenido en vender a Morley parte de sus tierras, pero Morley, inmediatamente después de la compra fue paralizado económicamente y prometió pagar dieciséis libras en cierto día, pero los daños reclamados ascendían ya a cuarenta; el demandado alegó, que la promesa no había sido formalmente satisfecha.

El caso se ventiló en el King's Bench, y el jurado resolvió el pago de dieciséis libras de daños más veinte chelines por los gastos. En adelante se resolvió que todo contrato mutuo, importa al asumirlo, el pago de lo convenido en ausencia del cumplimiento.

Las consecuencias del caso de Slades pueden resumirse que en todo contrato, bilateral, se encierra la asunción de un derecho para la contraparte, lo que significa:

1, Que las demandas sobre assumpsit no implicaron re-cobrar únicamente los daños sino el cumplimiento de la deuda en sí. Una acción de assumpsit, incluía una acción in debt y viceversa.

2. Señaló el final de los cambios del common law, hasta que por último fueron abolidos en el año de 1833.

3. Aunque los cambios del common law favoreciesen a los actores, esto dio paso a testimonios de perjurio; consecuentemente setenta y cinco años más tarde en 1677, se dictó una ley denominada el Statute against Frauds and Perjuries.

4. El jurado civil desarrolló la acción fuera del jurado criminal del King's Bench, en adelante dominado las cortes del common law.

Las consecuencias finales de este caso fueron dos sumamente importantes:

En adelante, los contratos abarcaron a todos los que de hecho se operaban ya los cuasicontratos. Ambos fueron llamados implied in fact.

La segunda consecuencia fue la adopción de la doctrina de la consideration. Esta tesis abarcaba una pregunta elemental: Si las promesas que las gentes hacen deben de ser cumplidas, ¿cuál es su razón? Antes del desenvolvimiento de la assumpsit la respuesta era relativamente clara. En la acción on debt, usted era obligado a cumplir una promesa cuando

135 Kempin, p. 242. Tomado de actualmente había recibido alguna suma de valor a su pedido. Esto fue el concepto de quid pro quo.

En Estados Unidos la doctrina contractual fue desarrollada con el impedimento de cumplimiento de la promesa, promissory estoppel

l) Transformaciones a la luz de la economía actual

En la anterior explicación del desenvolvimiento del contrato hemos analizado un extenso período desde el co-mienzo del common law inglés hasta el siglo xx, actualmente surge la necesidad de los contratos en una sociedad comer-cial no más, en una sociedad agrícola. Cuando el comercio tenía relativa poca importancia el sistema comercial de los manors, fue el punto esencial de la sociedad y entonces únicamente requirió la coerción en las promesas mutuamente ejecutorias. Las antiguas acciones del debt and covenant, y la ley de los comerciantes con fuerza ejecutiva, fue suficiente para satisfacer las necesidades económicas de la sociedad.

El inicio del desarrollo del contrato acaeciÓ a partir del siglo XV, y llegó a ser más enérgico en el siglo XVI, hasta que finalmente completó su estructura legal en los siglos xvn y XVIII y, esta evolución coincide con la terminación del siste-ma de manors en Inglaterra y el desenvolvimiento de un mercantilismo y por consecuencia, de un capitalismo como sistema económico. Los manors, como sistema feudal fun-cionaron suficientemente; hasta el siglo XIII, a partir de esa fecha hay una tendencia de los terratenientes de guardar sus animales de pastoreo en las tierras comunes. El comer-cio surge cuando se explota la lana, y fue seguido de un movimiento que acaeciÓ en varios siglos por el abandono de la organización tradicional de la agricultura. Las pose-siones cedieron tierra al crecimiento de las ciudades, eri función de una organización más avanzada de la agricultura que desplaza el antiguo manors, y esto ocurre por la nece:.. sidad monetaria de satisfacer las crecientes demandas de las nuevas clases. A su vez en las ciudades surge el empleo; las nuevas manufacturas emplearon una nueva clase e hicieron súrgir un nuevo orden económico; el feudalismo que prin-cipiÓ como un sistema militar y que cambió en un sistema social basado en la propiedad de la tierra, fue destruido por el comercio y la manufactura moderna y nuevos modos de producción; para esto el desenvolvimiento del contrato fue elemento esenci~. El common law de los conti"atos fue la respuesta al cambio económico. El elemento esencial del law fue convertir en coercibles todos los convenios, y el cambio de los valores en los acuerdos de voluntades tomó en cuenta como elemento esencial la doctrina de la consi-deration.

Hasta el siglo xx, muchos cambios fueron realizados por las cortes y racionalizados por los teóricos. Encaminado en esta senda y tomando en cuenta la cadena de preceden-tes, el método del common law se convirtió en imposible de guardarse en todos los tiempos. El resultado fue una legis-lación que en los Estados Unidos se ejemplifica en la Uniform Commercial Code de 1922 con sus enmiendas. Este código se aplica sólo en la venta de mercaderías y en sus seguridades pero no en las transacciones de tierras. En adelante el common law difiere, dependiendo de si se trata de tierras o de otras transacciones.

Los cambios reflejan movimientos en las prácticas de los negocios y en sus expectativas. En adelante una opción que es una promesa de oferta abierta tiene que estar avala-da con una consideration, aún hoy una promesa gratuita es una opción que no tiene fuerza, todo contrato requiere de una contraprestación.

Los cambios consensuales se fundan en la buena fe.

Muchas provisiones, regulaciones del código, consideran válidos los acuerdos hechos en concordancia con las ti"an-sacciones comerciales, aun cuando no se guarden las for~ mas legales. Lord Mansfield que consagraba muchas de las prácticas comerciales habidas desde el siglo XVIII, estaría completamente de acuerdo con las prácticas modernas.

VII. LA CONTRATACIÓN MODERNA EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO

A continuación, resumimos en grandes líneas la contra-tación moderna, lo cual puede verse como un desarrollo de lo anterior o bien como un apartado diverso.

a) Derecho de los contratos

El presupuesto relativo al Derecho de los contratos nos vincula con cinco subtemas, primeramente

hablaremos de una introducción general; enseguida del nacimiento del contrato; la teoría de la causa o consideration, el contenido del contrato y la genuinez o desarrollo genuino del mismo, y los efectos de la obligación contractual.

Introducción. La Teoría General del Contrato desarrollada en Inglaterra y en Estados Unidos tiene una mayor amplitud que la obtenida en la familia romano-germánica. Es cierto que la familia romano-germánica ha desarrollado una teoría general del contrato, pero desgraciadamente se limita a aplicarla a lo que se llaman contratos civiles. Con mucha cautela se aplica a los contratos mercantiles y finalmente es ausente en los contratos administrativos.

La concepción del common law y la equity condujo a los juristas a ver en el contrato civil, mercantil o administrativo una unidad. No existen para ellos las distinciones que nosotros hemos hecho durante siglos. Por el contrario, la unidad resulta desde el momento en que como hemos visto surge el writ of assumpsit entendido como un medio procesal para resolver los litigios contractuales.

En segundo lugar hay una característica fundamental tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano y es que a sus juristas no les interesan las diferencias entre las distintas clases de contratos. En todos ellos aplican, como veremos, las reglas de nacimiento, causa, contenido y certeza en la voluntad del contrato sin poner atención en las reglas específicas. Es decir, han elaborado una verdadera Teoría General del Contrato fundado en el punto de vista práctico.

Finalmente, el jurista inglés y el norteamericano no hacen una distinción entre doctrinas de obligaciones y doctrinas de contrato. Las obligaciones están implícitas en todos los contratos una vez que éstos se han formado, no se entiende una concepción de la obligación ajena a la acción contractual. La distinción que la familia romano-germánica ha hecho de obligaciones y contratos, es difícil de explicarla si no se coloca en un punto de vista histórico. Recuerdese que en Roma solamente son obligaciones "los vínculos de derecho que nos constriñen a la necesidad de dar una cosa según las leyes de nuestra ciudad", es decir, que las únicas obligaciones válidas eran las que surgían entre ciudadanos. Como los esclavos, los alieni iuris y las mujeres no podían responsabilizarse civilmente se elabora una doctrina fundada en la "obligación natural" como diversa al contrato escrito.

En otras palabras, la justificación del porqué existe un capítulo de obligaciones y otro de contratos se entiende porque no todas las personas podían obligarse civilmente y para ellas se idea la noción de una "obligación natural".

Una doble aclaración debe hacerse de las dos últimas afirmaciones, en primer lugar los derechos emanados del common law, no ignoran las distinciones de los contratos, pues incluso hay una relación de venta de muebles, de trabajo, de arrendamiento de inmuebles, de organización marítima. Muchas de sus reglas son de origen legislativo.

La segunda aclaración es en relación con el Derecho de los Estados Unidos.

Existe un Código uniforme de Comercio, en este código (Code la palabra code tiene la acepción que veremos al estudiar el acto administrativo, y significa una especie de acuerdo entre especialistas)

El Acuerdo Uniforme de Comercio tiene reglas que han sido desde hace cientos de años, y aun cuando el acuerdo en sí es moderno, pues fue puesto a disposición de los estados a partir del año de 1978 ha sido aceptado casi por la totalidad de las legislaturas estatales y por tal, convertido en act or statute. Sus finalidades, al decir de Calvy y Coleman³⁸ son tres, siendo la primera para simplificar, aclarar o modernizar el derecho relativo a los convenios mercantiles; la segunda para permitir la expansión de las prácticas comerciales, a través de un uso y costumbre y por acuerdo de las partes y la tercera para mantener uniformidad entre las diversas jurisdicciones estatales.

El mencionado Acuerdo General de Comercio contiene diez denominaciones que en la técnica legislativa de los Estados Unidos reciben el nombre de artículos, cada uno de estos artículos o sea, para nosotros capítulos, tienen diversas secciones que corresponderían a lo que nosotros entendemos por artículos. Los diez capítulos son los siguientes: el primero hace referencia a las provisiones genéricas; el segundo a las compras; el contenido del tercero se refiere a lo que se denomina papel comercial; el cuarto a los bancos de depósito y ahorro; el quinto a las cartas de crédito; el sexto a los almacenes de depósito; el contenido del séptimo hace referencia a los almacenes; el capítulo ocho regula las seguridades en las inversiones; la extensión del capítulo nueve tiene por contenido las transacciones, las ventas, los derechos contractuales y papeles mobiliarios y, finalmente, el capítulo décimo regula los efectos de comercio y las acciones de regreso.

Con esta práctica los Estados Unidos han logrado una unidad en los comercios mercantiles, aun cuando la materia sea de comercio intraestatal y por consecuencia recaiga en la jurisdicción local.

b) La formación del contrato

Para la formación del contrato el common law no ha exigido un documento. La antigua exigencia de pedir un sello para que no existiera duda de la obligatoriedad, en el Derecho inglés, ha sido sustituido dicho –sello por un simple círculo trazado enmarcando una identidad de la parte. El sello ha sido abolido y basta la suscripción de la firma frente a dos personas, esto es, a lo que se llama el deed, o acta, La ley relativa a los fraudes y daños Coleman and Peryures de 1777) se aplicó largo tiempo hasta que fue sustituida por el Acuerdo Uniforme de Comercio (Uniform Commercial Code) que obviamente no tiene aplicación en Inglaterra. El consentimiento o mutuo consentimiento se forma con una oferta a la que le sigue una aceptación. La oferta indica la voluntad de obligarse. La intención se desprende de las frases usadas que bien pueden ser que el ofrecimiento este sujeto al conuato o que se trate de un convenio que tiene fuerza obligatoria o de un acuerdo entre caballeros. Es fundamental que la oferta sea aceptada pues entre tanto no se realice la aceptación, el oferente puede revocarla. Es obvio que la aceptación tiene que ser lisa y llana, pues de otra suerte implicaría una nueva oferta. Sin embargo esta regla ha sido modificada en parte por el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, puesto que éste admite la validez de una opción y su rompimiento il1jUStO daría base a una reparación.

Como hemos dicho, la aceptación tiene que ser sin condición ni reserva, cualquier variante implicaría una contra-proposición y ésta puede considerarse que está formulada cuando el aceptante coloca la aceptación al correo sin importar el término que exija la oficina de correos o que de hecho se realice.

Por supuesto que esta regla no se aplica a las comunicaciones instantáneas, especialmente las que se efectúan por el principio general pues, vuelve a aplicarse el principio de que, el oferente no está obligado sino cuando su oferta ha sido aceptada. Por lo tanto no se admite responsabilidad precontractual en la formación del contrato y solamente, se admite un cierto tipo de responsabilidad que sería extracontractual cuando una de las partes hubiere cometido una falta, ya raíz de ésta, el otro presunto contratante se hubiere obligado a pagar. En este caso la responsabilidad es cuasi contij-actual. Puede decirse que en el derecho del common law no se le reconoce fuerza de aplicación al principio de buena fe, como lo tiene expresado el Derecho europeo. El common law es muy reticente para admitir un deber jurídico para vigilar los intereses económicos del otro, sólo llamándose a la jurisdicción de la equity podría obtenerse algún resultado, pero éste no podría ser otro que el de anular el posible contrato. Si el oferente se ha fuado un término éste no puede revocarlo sin motivo y sin sanción.

En la formación del contrato, sólo podría hablarse de culpabilidad cuando se hagan afirmaciones falsas de las que pudieran resultar consecuencias dolosas a la otra parte. En Inglaterra, a partir de 1964, hay una responsabilidad del que hace una afirmación sin que existan buenas razones. Campea en este aspecto la idea de engaño (misrepresentation) . Por supuesto que una vez formado el contrato la relación es obligatoria (quod prius est libertatis postea fit necessitatis) . Desde luego que no se permitirá ninguna modificación

Unilateral al contrato formado. Si el acreedor renunciara a sus derechos, en principio su renuncia no produce ningún efecto, puesto que sería gratuita, sin embargo, la equity ha considerado la validez de la renuncia, y es que en este caso la gratuidad de la misma, que implica la ausencia de una consideration, se estimaría como abusiva.

c) La consideration

Tanto para el Derecho inglés como para el norteamericano la consideration es un elemento necesario para la formación de un contrato válido, pues aun cuando el contrato no se haya elaborado por escrito y sea simplemente oral, la consideration, debe ser probada. Se dice que "una promesa sin consideration es una donación; una vez que se ha realizado la contraprestación o consideration estamos en presencia de un contrato". De este modo podríamos decir que la palabra consideration, aun cuando la mayoría de la doctrina romano-germánica la traduce como causa, esta traducción no es exacta, pues las resoluciones judiciales la han definido como "algún derecho, interés, provecho o beneficio, concedido a una parte o alguna prohibición, detrimento, pérdida o responsabilidad impuesta sufrida o colocada a otro".¹⁴⁰ Generalmente los juristas angloamericanos hablan de una valuable consideration que hace referencia al beneficio que se otorga a una de las partes y detrimento que se impone a la otra, y en este caso significa propiamente el precio. Asimismo se habla de good consideration que se impone cuando surge de una obligación moral y en este caso se habla del amor natural o de la afección.

La consideration es clasificada en dos grupos: a) executed consideration, que significa la obligación cumplida, como el precio o la mercancía recibidos, y b) executory consideration, que significa el beneficio o detrimento que va cumplirse en un tiempo posterior.

Las reglas de la consideration son cinco, de acuerdo con la jurisprudencia inglesa y norteamericana,

Primero: la consideration o causa debe ser real o genuina. En este caso no se toman en cuenta las obligaciones vagas o las promesas nebulosas, el realismo de la consideration debe ser efectivo.

Segundo: la consideration no necesariamente significa adecuación, por esta razón no puede ser traducida por el término causa.

La familia romano-germánica ha considerado que la causa debe ser existente, adecuada e idónea, y en las tres exigencias se presupone lo que en el Derecho inglés se denomina la adecuación de la causa, pues el que la causa sea existente significa que haya una relación entre las partes; la exigencia de que la causa sea adecuada implica que no debe permitirse que sea simulada. Finalmente, la causa debe ser cierta, pues lo contrario sería ilícito, pero en esos tres requisitos, "el civilista tiene la idea de una adecuación de la causa, adecuación en su existencia, adecuación en su expresión y adecuación en su licitud".

Para los juristas angloamericanos, la consideration, necesariamente tiene que ser adecuada, la regla general del common law en relación con los contratos es que las partes son libres para contratar lo que desean; un demandante no podría invocar la acción ante la Corte de common law bajo el alegato de que hizo un mal contrato. Si la contraprestación existe, ésta es válida. De tal manera que la adecuación de las contraprestaciones es irrelevante, y solamente se tomaría en consideración si se alegase fraude y en este caso se requiere probar la mala intención.

Tercero: la consideration debe ser legal. No puede un pacto criminal fungir como consideration.

Cuarto: la consideration dinamiza al que la ha prometido; esta dinamización se entiende, que se encuentra frente a su contraparte. La cuarta regla exige que la consideration sea posible, pues lo absurdo o imposible no entraría en el criterio del common law.

Quinto: finalmente, la consideration no debe pertenecer al mundo de lo realizado, si se conviene un beneficio con-ferido en el pasado no puede servir de consideration para una promesa actual

.

d) Contenido y desarrollo genuirno del contrato

El alcance del contrato plantea el problema relativo a la interpretación del mismo. Generalmente lo que se ventila ante tribunales no es la existencia de la convención sino su alcance. Se dice que si la cláusula que se pone en discusión es expresa el problema se limita a su interpretación (construction). Los sistemas ingleses y norteamericanos se acercan de este modo al sistema alemán de la voluntad declarada, toman en cuen-ta para conocer el alcance de una cláusula el alcance de la misma frente a un auditor que actúa razonablemente. A menudo los problemas relativos del alcance de una cláusula se ventilan no ante tribunales, sino mediante árbitros.

Las cláusulas relativas a la supresión o disminución de responsabilidad son interpretadas de una manera fáctica y rígida a fin de evitar perjuicios al deudor. Los tribunales ingleses no admiten una interpretación de cláusulas expre-sas que sean contrarias a los hechos fácticos conforme a los cuales han actuado las partes interesadas.

e) El problema central las cláusulas implícitas

Tanto el Derecho inglés como el norteamericano, reco-gen la posición de las cláusulas implícitas.

No sólo se imponen las cláusulas expresas sino que, se entiende que los contratantes han aceptado las implícitas, y así se habla de un derecho supletorio judicial que los jueces imponen en el conocimiento de un contrato. El me-canismo tiende a proteger a la parte más débil.

Muy a menudo se protege a las partes en atención a la empresa contractllal, es decir, que, se obliga a las partes no sólo a responder del contrato sino aún a abarcar el clausu-lado necesario, para el buen funcionamiento del contrato visto como una empresa. En este caso se habla de una business efficacy, buscando la eficacia de la empresa y viendo al con-trato como una especie de empresa objetivamente vigente.

Protección en contra de cláusulas ilícitas por el atentado a la moral y por el dolo y la violencia. – Si de una promesa resultase una obligación contraria a la ley ya las buenas costumbres es obvio que, tanto el Derecho inglés como el norteamericano declaran que la promesa es nula. Los juris-tas admiten una acción de nulidad en contra de cualquier contrato cuya ejecución comprenda una infracción de la ley positiva o a la ley moral.

Se habla entonces de un contrato nulo como contrario al orden público y bajo este aspecto se nulifican las pro-mesas de no acudir a la justicia o de atacar la libre concu-rrencia en una economía de libre mercado.

Sin embargo, curiosamente en el common law el error tiene un límite puesto que conforme a las decisiones judi-ciales las partes son obligadas a lo que han dicho, no a lo que han querido decir; po se puede alegar un error cualquiera si de las negociaciones de las palabras o los hechos resultare algo diferente. Dificilmente se puede impedir el cumpli-miento de una obligación que ha sido aceptada por su firma y bajo el término de firma no se entiende exclusiva-mente lo que en la familia Romano Gennánica conocemos como signo exclusivo de la persona, pues se abarca incluso cualquier palabra puesta de puño y letra. A pesar de esto conforme a la equity es posible solicitar que la obligación no sea cumplida. Recuérdese que no podrá invocarse la equity, por aplica-ción de alguna de las doce máximas, si no ha sido alegada en tiempo útil, si se retiene alguna ventaja, si no se obra con equidad y si se han transmitido los derechos y ventajas al que, ha actuado de buena fe.

Desde luego es ajena a los juristas ingleses y norteamericanos la distinción entre el error substancial y el accidental que implica una actitud filosófica, mas bien el error procede, si se debe a la actitud de la otra parte y en este caso para nosotros sería dolo.

A más del error el common law ha aceptado la violencia como un vicio del consentimiento y se dice que procede la nulidad porque en el caso de violencia no habría consideration. Si los términos son injustos a causa de las negociaciones de la parte fuerte elaborados en contra de la débil las cortes admiten la posibilidad de anular la voluntad en virtud de que no hay consideration.

El Derecho angloamericano menciona la inejecución; del contrato bajo el título de rompimiento del mismo breach ~. of contract. Para eximirse de cumplir un contrato es necesario que el contratante invoque y pruebe el error, violencia, abuso de autoridad o ilicitud. Conforme al common law no hay ejecución y cumplimiento de lo prometido salvo que se trate de adeudos pecuniarios, pues el common law se traduce en el pago de daños y perjuicios. Es por eso que los juristas ingleses hablan de rompimiento. El único problema que se plantea es, si la obligación que ha sido asumida ha sido ejecutada o no, en caso de negativa no cabe más que el pago de daños que resultan de la inejecución. Para saber qué clase de obligación se ha asumido en el common law no conoce la distinción de la familia romano-germánica que clasifica las obligaciones como de actividad o de resultado, para el civil law son obligaciones de actividad aquellas en las que el deudor se compromete a realizar una conducta sin que necesariamente responda de su resultado; pero hay obligaciones en donde el deber es obtener un resultado. En la familia angloamericana está claro que sólo en ciertos casos el contratante no va a garantizar un resultado; así en el cumplimiento de las obligaciones del médico o el abogado. Pero si el contrato prevé la producción de una cosa es necesario que el contratante garantice la calidad y la eficacia de la misma. De este modo no sólo el vendedor garantiza la calidad de la cosa vendida sino, también el profesionista arquitecto, garantiza la calidad de los materiales, aunque éstos sean ordenados por el propietario. No se trata de acciones redhibitorias que garanticen los vicios ocultos de la cosa o la propiedad de la misma; los juristas ingleses y norteamericanos suponen que en toda cláusula contractual hay una garantía (Warranty) y por eso el incumplimiento se denomina rompimiento de contrato. En otras palabras tomando en cuenta la consideration el contratante que ha incumplido ha roto el contrato, es decir, lo ha dejado sin contraprestación. Por eso el Código Uniforme de Comercio Uniform Commerce Code de Estados Unidos, que como hemos visto no es propiamente un código sino un acuerdo entre estados, supone, siguiendo la línea inglesa que la garantía en la venta consiste en prometer que la mercancía será buena pero no implica que la mercancía será entregada. El vendedor de una cosa específica, no es responsable si no hay entrega de la misma, salvo que la no entrega o destrucción fuera por su falta, la responsabilidad se arrojaría al transportista: El poseedor obligado a entregar la cosa al propietario es un bailee que podríamos traducir como arrendatario o depositario, pero que sería más correcto llamarle un trustee en el cual existe la obligación de cuidar con la atención normal la cosa. Lógicamente en lo que se refiere al cuidado de personas su incumplimiento dará como resultado el nacimiento de un tort que como hemos visto tiene reglas específicas y no reglas generales. Concluimos que salvo los casos específicos donde sólo se busca la actividad, en el Derecho inglés sólo se busca el resultado.

Tres problemas se plantearán en el tema relativo a la responsabilidad que surge en el incumplimiento, siendo el primero el fracaso o frustración del contrato; el segundo la resolución por incumplimiento y el tercero la resolución anticipada.

-

El fracaso por incumplimiento se llama en inglés frustration, frustration of contract.

La frustración del contrato se funda en el principio de que sin contrato no hay obligación, y sin obligación no hay responsabilidad. Recuérdese que el contrato supone la consideration, si el objeto materia del contrato ha dejado de existir no hay contrato, no hay obligación y si no hay obligación no hay responsabilidad.

Los efectos de la frustración son muy importantes. Si ese contrato desaparece automáticamente los jueces no puede modificar los términos del contrato, si el objeto ha desaparecido no hay fuerza obligatoria. Por supuesto que es hipótesis solamente se da, cuando el objeto no existe y sólo es un eco de la frase romano-germánica de que, "nada está obligado a lo imposible". La resolución por inejecución implica la necesidad de establecer una cláusula en el contrato de resolución para el caso de incumplimiento de su contratante. Pero este tema plantea el problema de saber cuál es la parte inocente que queda liberada por el incumplimiento. Las obligaciones centrales fundamentales son condiciones de la obligación de la otra parte que quede liberada por la inejecución. La inejecución de las obligaciones, (warranties) que engendran responsabilidad de la parte culpable no tienen ningún efecto liberatorio para la parte inocente. Así en ausencia de una cláusula expresa hay una condición evidente, no se libera de sus obligaciones sino como un efecto de la inejecución de las prestaciones que a la otra parte incumbían. \

Finalmente, la resolución anticipada del contrato produce aun antes de la fecha de la prestación y en Inglaterra se conoce con el nombre anticipatory breach. Es obvio que el contratante que expresa su voluntad de no cumplir una prestación futura o que se encuentra en la imposibilidad de darle cumplimiento, da lugar a una resolución anticipada puesto que el acreedor no está obligado a perder su tiempo esperando a que inútilmente transcurra el tiempo del incumplimiento. Las exigencias del comercio moderno dan la aceptación de este principio. Se puede ser responsable de la inejecución aun antes de la llegada del término de la ejecución prometida, y en este caso el incumplido desde luego tendrá una responsabilidad en atención a su comportamiento.

g) Las acciones contractuales en las cortes de justicia

Como hemos dicho el incumplimiento supone el pago de daños y perjuicios. Pero esto no significa que en Inglaterra esto produzca una injusticia al acreedor, pues se dice, y con razón, que la mayoría de las acciones contractuales son acciones de debt o sea de deudas y el pago de una suma satisface ampliamente la acción contractual. Para que proceda esta acción es necesario solamente probar que las condiciones bajo las cuales el deudor ha prometido se han satisfecho.

VIII. VOCABULARIO EN EL DERECHO INGLÉS

Una de las características fundamentales del Derecho inglés es que sus "vocabularios" se han elaborado a través de decisiones judiciales, de tal suerte que los diccionarios jurídicos se formulan con base en esas decisiones dando por consecuencia, un exacto alcance al término. En muchas ocasiones, los términos no pueden traducirse literalmente sino que es necesario buscar su alcance. Los miembros de la familia romano-germánica, no hemos observado el alcance de estas definiciones elaboradas a través de la práctica pero es necesario tenerlas en cuenta para el efecto de poder entender el sistema jurídico.

René David, coloca algunos ejemplos cuya mención podríamos seguir, pero esta vez podemos decir lo que el Black's Law Dictionary (1995), formula.

He aquí algunos ejemplos: Property. Se dice que es peculiar o propio de una persona, aquello que le corresponde exclusivamente a alguien en el sentido estrictamente legal; un conjunto de derechos que se garantizan y protegen por el gobierno Personal Effects. – Artículos vinculados con una persona con exclusividad y relación más o menos íntima a la persona del poseedor. Effects – Significa movable o pro-piedad mueble de cualquier clase. En algunas ocasiones el término se vincula a la propiedad que tenía el autor de la

sucesión en el momento de la muerte, vestuario, mobiliario, joyería, colecciones postales y de moneda, cristal fino, utensilios de comida, libros, televisores, radios, etcétera.

Trust. – Quedó definido como un "Derecho de propiedad real o personal transmitido por una parte para el

beneficio de otra. U na instrucción personal que se otorga a otra que es llamada trustee para el beneficio de alguien que es denominado cestui qui trust, respecto de la propiedad que se ha transmitido al trustee y para el beneficio del trustee ".

*Bailment*¹⁴⁶. – "La entrega de efectos o bienes muebles de una persona hacia otra, en trust para la ejecución de un objetivo especial en relación con esos efectos y en beneficio del bailor, o bailee, o de ambos en función de un contra-to expreso o explícito relativo a la encomienda que se hace al entregar el objeto de conformidad con el propósito del trust. *Estoppel* – "Significa que alguien es prevenido en relación con sus propios actos respecto de una demanda fundándose en derecho a otra persona que está vinculada con la conducta o actos realizados." *Consideration* 148. – "Significa el compelimiento a un contrato. La causa, motivo precio o beneficio que induce a contratar a una parte en la relación convencional. *Trespass* "Se denomina a una interferencia contraria a derecho en relación con una persona, propiedad o derechos protegidos por el Common Law, el trespass es una forma de acción que se ejerce para obtener daños por una injuria inferida a una persona o propiedad en su vinculación con otra."

Company. – "Unión o asociación de personas para obtener un objetivo comercial o industrial a través de una empresa; un socio, corporación o asociación que obtiene una parte en una empresa.

De todo lo anterior se desprende que el Derecho inglés ha desarrollado a través de la jurisdicción de la equity instituciones, que la familia romano-germánica ha delineado solamente desde un punto de vista sustantivo y por lo tanto no ha logrado una práctica fundada en la experiencia. Si bien no puede traducirse la equity como lo que nosotros entendemos por equidad, sí podríamos pensar que se podría traducir por conciencia puesto que por conciencia podemos pedir el cumplimiento exacto de lo concernido

(specific performance) o podemos exigir la verdad en el caso obligando incluso a exhibir documentos que otra parte tiene (discovery orders), pero es más, a través de la duress podemos sancionar los actos jurídicos obtenidos no sólo con violencia física sino aun con coacción moral y como ampliamente hemos ya desarrollado si un bien se ha entregado en confianza a través de trust, el trustee que recibe la propiedad del bien, tiene la obligación de obtener el objetivo específico del trust puesto que, por conciencia debe dar cumplimiento a lo convenido, para cuyo alcance como veremos más tarde se admite la subrogación real sobre los bienes cedidos.

Finalmente, a través de la conciencia se administran en el Derecho inglés instituciones del capitalismo actual, como son las sociedades por acciones, company, o se busca la salvación de la empresa y no su simple liquidación a través de la Bankruptcy.

Específicamente analicemos cómo se maneja el trust en el Derecho inglés moderno.

Como hemos estudiado con anterioridad, el trust del Derecho inglés, proviene del uso de la Edad Media. Como hemos dicho el uso se refiere a la posesión de la tierra tenant y por supuesto que será del conocimiento de los tribunales del Common Law. Con los Tudor en el siglo xv se inicia la jurisdicción de la equity y una de las materias fundamentales de ésta fue el tithing o antiguo use que se elabora para evitar las complicadas reglas de transmisión de la tierra. En ocasiones la tierra se encuentra sujeta a contratos de uso y la transmisión de la misma obligan a respetar esos contratos. La adopción del use respeta los derechos valiosos sobre la posesión. En 1535 la ley de usos, Statute of Uses, se aprueba para evitar la evasión de las obligaciones que tenía el autor de la sucesión y el cumplimiento de las obligaciones feudales. La ley fue impopular, y los abogados crearon técnica de evasión de su operación. Los usos subsisten y con el tiempo su denominación fue cambiada a trust. Gradualmente se obtiene popularidad en la figura y se transforma en una de las instituciones peculiares del Derecho inglés.

a) Definición

El profesor Keeten en The Law of Trust,¹⁵² dice que el trust es una vinculación por virtud de la cual una persona denominada el trustee es compelida en equity a recibir una propiedad real o personal para beneficio de otras personas, o a efecto de lograr un objetivo permitido por el derecho, de tal suerte que las utilidades de los bienes no quedan en manos del trustee sino de los beneficiarios de aquellas finalidades para la cual se constituyen.

Así la aplicación puede lograr los siguientes propósitos:

- A) Para auxiliar a las personas que por su minoría o incapacidad no pueden directamente administrar.*
- B) Para lograr que la propiedad sea usada en beneficio de un sucesor.*
- C) Para lograr una administración cuando los propietarios son dos o más personas.*
- D) Para obtener una finalidad de beneficencia.*
- E) Para disminuir una forma de impuesto, jurídicamente el trustee es el propietario legal, pero el beneficiario es el propietario de equity, En atención a que el trustee tiene el título legal, en la jurisdicción de la equity, fundándose en los deberes impuestos en equity, le compelerá a obtener el resultado de la propiedad para los beneficiarios.*

b) Clasificación

Barker en la obra citada (véase cita 135–136), clasifica los trusts en lo que le llama trusts privados y trusts de beneficencia, que también podrían denominarse como públicos. Los trusts privados pueden ser sub clasificados en expresos, implícitos y constructivos.

1. Los trusts expresos son aquellos que se han creado por el settlor (fundador en vida inter vivos) o bien por medio de un testamento donde se designan el beneficiario o beneficiarios. Como expreso, debe hacerse por escrito, bajo sello o por medio de forma testamentaria, y en algunos casos se admite una construcción oral.

Las decisiones judiciales resolvieron que tres son las condiciones necesarias para la creación de un trust:

- 1. Intención cierta*
- 2. Finalidades claramente expresadas, y*
- 3. Determinabilidad de los bienes.*

Entendiéndose que estos tres requisitos significan, en primer lugar una intención cierta de crear el trust, las palabras deben ser imperativas e implicar un mando para hacer o para crearse. El objetivo debe ser claramente expresado, y, finalmente, los bienes que se destinan al trust deben ser determinados y no inciertos.

En esas circunstancias los trust pueden ser sub clasificados además como completos o incompletos. Los primeros serían aquellos en donde se declarase la designación de una persona para ser trustee y los incompletos serían los que conviesen que determinados bienes de propiedad pueden ser destinados al trust. En este segundo caso el fundador ha elegido los bienes destinados al trust pero no ha designado quién va ser el trustee; así puede suceder que destina ciertos muebles o que físicamente los ha removido para obtener el resultado ciertas acciones o participaciones de compañías que tendrán que ser registradas en los libros.

La segunda clase de trust son los trust implícitos y son aquellos que se basan en una presunta intención del

fundador. El tipo más frecuente de trust implícito es el resulting trust. Si suponemos que el fundador no dispuso nada de lo que acaecería a la muerte del beneficiario, los bienes regresan al fundador. Finalmente, los trusts constructivos son instituciones fiduciarias que resultan de la intención de las partes. Una persona deberá ser considerada como trustee constructivo cuando adquiere un beneficio a pesar de que no tenga un título. Será compelido por equity a lograr el beneficio para los beneficiarios, valga la reiteración.

c) Los trusts públicos

Deben satisfacer tres exigencias: a) Deben ser con una intención caritativa en el sentido legal. La caridad en sentido " legal no está de acuerdo con su significado popular. No existe una definición legal de la caridad. La ley de Charitable uses de 1601 se limita a enumerar los objetivos caritativos y en la época moderna se clasifican en los siguientes cuatro grupos

- Para alivio de la pobreza

2. Para un desarrollo educativo, ,

3. Para la propagación de la religión, y

4. Para otros propósitos útiles a la sociedad. Esta última incluye la protección a los animales, provisión de obras públicas

Los trust con objetivos políticos no se consideran caritativos.

b) El trust caritativo debe ser para beneficio del público, entendido como una agrupación o como parte de ella.

Si la intención del trust fuera beneficiar a determinados individuos no sería público, tampoco si provee un objetivo de educación para los descendientes de determinadas personas. En el público el beneficiado debe ser un grupo, pero no individuos específicamente señalados.

c) La finalidad del trust debe ser total y exclusivamente caritativa.

2. Procedimientos en el Derecho inglés. Punto central en la estructura del Derecho inglés es el procedimiento.

El Derecho inglés no hacía distinción entre lo civil y lo criminal y colocaba como instituciones procesales más importantes: the day on the court, the examination, cross examination y la posibilidad de emitir un writ of mandamus para investigar la verdad en el caso concreto; finalmente mencionaba the contempt of the court, que nosotros distinguiríamos en direct, y que no son otra cosa que las actitudes de los litigantes que tratan de burlarse de la justicia con expresiones directas ante la Corte y jurado, o indirect o constructive con la fabricación artificiosa de pruebas destinadas a alterar la verdad.

Los juristas ingleses actuales hacen la distinción entre civil procedure y criminal procedure, sin embargo las reglas procesales se aplican tanto a los casos civiles como a los criminales. La academia distingue entre procedimiento civil y procedimiento criminal.

Procedimiento civil. Tiene complicaciones que solamente son alcanzadas por los especialistas. En Inglaterra existe un Citizens Advice Bureau destinado a ayudar a los que van a proceder a demandar y regido por una ley denominada Legal Help Act 1988.

El procedimiento se inicia con una invitación a pagar que si no es atendida da base para una presentación

ante la High Court.

a) Procedimiento ante las Cortes del Condado

Se dividen en dos clases, en Matters y Actions.

Las primeras se ejercía en el antiguo procedimiento de equity y se inicia con la petition en tanto que las segundas implica en ejercicio de una demanda complaint.

Se distinguen dos clases de acciones las ordinarias, y las ventiladas en acción ejecutiva (default). La demanda ordinaria debe contener los siguientes elementos: las partes, la naturaleza de la reclamación y el monto de los daños que el actor exige. La Corte registra y prepara un sumario para el servicio del demandado, explayando las particularidades de la demanda; su forma de admisión y la forma de defensa; contando con veintiún días a partir de la fecha para oír a las partes. El demandado puede asumir la demanda obligándose al pago, bien sea total o incluso con parcialidades propuestas ante el juez. Puede, sin embargo, oponerse a la reclamación, para lo cual cuenta con catorce días, formulando los alegatos y defensas que considere oportunas. El segundo paso es una revisión anterior al desahogo (pretrial review). Si el demandado está presente fija el deal for pretrial, que podría suspenderse con una causa justificada, si el demandado no aparece el procedimiento se sigue en su ausencia y termina con un pago de daños y costas.

El procedimiento ante el juez (trial in front of judges) tiene los siguientes aspectos sobresalientes: El abogado del actor inicia describiendo la demanda y explica su intención de probar los puntos; enseguida llama a sus testigos y los examina, acude a un examen cruzado, con el abogado del demandado y con sus testigos. Enseguida el abogado del demandado llama a sus testigos y los carea con el abogado del actor. El abogado del demandado argumenta ante el juez comentando los puntos sobresalientes y le hace mención de las leyes o de los casos precedentes. Replica el abogado del actor comentando sus particularidades más

155 Baker y Padfield, Law, cit., pp. 353.369. Resumen y traducción sobresalientes y finalmente el juez dicta su decisión, bajo su propio peso si está solo; o si está presente el jurado éste examina los hechos jurídicos y formula su veredicto. Los jurados son cada vez menos usados actualmente. .

Procedimiento en caso de acción ejecutiva: esta hipótesis supone desde luego una deuda líquida o por liquidarse, lo que en Derecho inglés se llama default action, que podríamos traducirlo como acción ejecutiva porque se inicia con una declaración de la Corte requiriendo el pago de las sumas reclamadas, podría aplicarse al caso de hipoteca. En este caso el demandado tiene catorce días para defenderse, pero podría pagar en el curso de ellos; si el demandado admite la totalidad o parte de la deuda reclamada y ofrece un pago escalonado y el actor acepta, el juez da por cumplida la acción; pero si el actor no acepta el modo de pago, bien sea en monto o sus fechas se registra la demanda para una decisión.

Si el demandado Sólo admite parte de la demanda y el actor no acepta la excepción se registra la acción in pretrial, y finalmente, si el demandado no admite la reclamación también hay un registro del juicio y se fija la fecha de la audiencia.

b) La ejecutoriedad de los juicios de las cortes del condado Independientemente de la apelación a la decisión las cortes pueden ordenar la ejecución por una suma de dinero o por otras clases de juicios tales como posesión de tierra o de bienes muebles.

1) Ejecución por suma de dinero Se inicia con una orden de ejecución, en donde se excluyen ciertos bienes del deudor y de su familia; a continuación se otorga la oportunidad de oír al deudor. En casos de insolvencia, si el valor de lo reclamado excede de 200 libras, el juez da una información de la insolvencia y si a pesar de ello no se paga existe un act of bankruptcy. Podría haber una forma de garantía de la cantidad que se adeude. En caso de daños o incumplimientos de contratos la demanda se inicia con un writ

presentado en la oficina Central de la Suprema Corte o en un distrito Regtstral. Este writ es un documento en el que se requiere al demandado comparezca en catorce días bajo el riesgo de iniciar un juicio en ausencia del mismo. El writ es fechado en el día en que se anuncia el inicio y especifica la división conforme a la cual la acción debe ventilarse. Todo writ es detallado con las particularidades de la demanda del actor.

El domicilio –del actor y el nombre– y domicilio del que acompaña al actor debe ser señalado con el domicilio, normalmente no se necesita autorización para iniciar un writ.

El writ así obtenido se entrega personalmente al demandado utilizando el correo postal y en ciertos casos anuncia- ofreciendo la delegación de un tercero, la deuda en este caso queda extinguida y el juicio satisfecho.

2) Ejecución

Finalmente puede suceder que, el deudor se rehuse a pagar y éste tenga tierras y casas que produzcan provechos, la Corte en este caso, autoriza al acreedor a recibir esos productos que se aplican a reducir el adeudo, con sus costas.

Cuando el deudor tiene tierras y otras formas de propiedad y es necesario realizar estas actitudes se cobran las costas.

En esta segunda hipótesis, para ejecutar toda clase de juicios, si el demandado rehusa dar los derechos al propietario o poseedor, la Corte garantiza la entrega de la posesión.

La regla general en materia de costas es, que en ella se incluye los beneficios de los barristers y solicitors, autorizándolos la Corte con discreción. Generalmente la Corte da las órdenes de pago de costas cuando se pierde la acción.

c) Procedimiento civil en la División del Ramo de la Reina (Queen 's Bench Division) por lo medios de publicidad. Se requiere orden de la Corte para decretar este servicio. El writ es notificado con toda clase de particularidades de la demanda. La finalidad de esto es preparar al demandado, indicándole la naturaleza de la demanda que se presenta en contra de él.

De acuerdo con Barker y Padfield existen tres clases.

La primera es general, y no requiere de detalles en la demanda si no que es sólo una simple descripción de la naturaleza de la misma. Cuando se alega calumnia debe ésta ser descrita. La segunda forma es de endoso o notificación, es para efectos de contabilidad y en este caso procede cuando el demandado ha recibido dinero del actor y no se sabe exactamente el monto; la demanda de acción de contabilidad examina ésta. Finalmente puede haber un endoso especial en el que la demanda es usada por el actor para recobrar una suma liquidada o recobrar tierras o artículos. En este caso especial se menciona la causa de la acción y la demanda no puede servir para otro punto distinto del reclamado.

- Comparecencia del demandado

Enter and Appearance podría traducirse como Comparecencia: El demandado tiene que Comparecer a la Corte e implorar bajo juramento que está dispuesto a resolver o arreglar; en este caso tiene que Comparecer a la oficina central de Londres para el registro.

Si el demandado no Comparece a responder la demanda el juez lo declarará en rebeldía a menos que se trate de un menor o un incapacitado. Si el writ contiene un especial endoso de una suma liquidada, el actor exigirá la misma más intereses y Costas. Si la demanda es por daños no liquidados, éstos deben ser calculados mediante una resolución interlocutoria.

Si el demandado Comparece y el writ es de endoso especial, el actor mediante una declaración jurada en la que especifique la causa de la acción y el monto de lo reclamado obtiene una orden de ejecución para recuperar la tierra o para otras reclamaciones, más costos.

El juez tiene poderes muy importantes para hacer la dirección de cómo el juicio debe ser llevado; para admitir la evidencia jurada. Las peticiones en las acciones legales consisten en escritos hechos por el actor y el demandado; se hacen con el objeto de enseñarlos a la Corte (el jurado forma parte de ella) señalando las pretensiones de las partes y los hechos que cada uno de ellos mencionó como importantes. Los escritos son un resumen de la reclamación y de las defensas; deben ser concisos en los hechos materiales que las partes relatan, pero no se requiere que exista evidencia en los hechos, pues esto será motivo de prueba. Las demandas o escritos se dividen en numerosos párrafos.

La primera demanda señala el contenido de lo reclamado; debe ser clara y detallada; no ser ambigua, para proceder el tort se requiere que el derecho que ha sido violado se especifique. En caso de rescisión de contrato debe probarse éste y además la causa de la rescisión. La demanda es entregada y el demandado cuenta con catorce días para contestarla. La defensa debe referirse a cada hecho mencionado especificando las defensas. Si a su vez el demandado tiene algo que reclamar ésta deberá hacerse valer en el escrito. Vendría después una réplica a la demanda. Cuando no hay contestación a la demanda la réplica normalmente consiste en un resumen llamado traverse en la que el actor deniega los posibles alegatos del demandado.

Después de la réplica no existe una regla general. Hasta donde sabemos la demanda del actor y la defensa del de., mandado son, junto con la réplica del actor, las partes esenciales.

Los deberes del juez son: limitar las demandas, dar órdenes para la reducción de los costos de la evidencia, reducir el número de testigos y de peritos que harían más costoso el proceso, de ser posible exigen juramentos. El juez o master da órdenes para conocer la verdad (discovery), exigiendo juramento así como los documentos que están en posesión de las partes. El juez acude al descubrimiento de los hechos por medio de interrogatorios que son cuestiones dirigidas a la otra parte en relación con la acción o al propio actor en relación con la réplica, las respuestas generalmente se dan por juramento. El siguiente paso es la aplicación de la demanda y por consecuencia también de la defensa, la forma del juicio es decidida ante el juez o por el jurado según decisión del director.

En casos de fraude, difamación, prosecución maliciosa o aprisionamiento, por ejemplo, existe un derecho a un juicio Con jurado a menos que el examen de los documentos o cuentas, comprenda hechos que no podrían ser examinados por el jurado. Después de que los testigos presentados por ambas partes han sido examinados y careados y después de los alegatos de ambas partes el juez procede a explicar al jurado (si lo hubiera) el punto central del cual se le requiere su veredicto. El juez incluso dirige al jurado en las reclamaciones de daños si el veredicto acogiese a la demanda. El jurado se retira a hacer las consideraciones del veredicto que más tarde serán anunciadas por uno de sus miembros. Si no hay jurado el juez delibera su juicio y resuelve con el Conocimiento de la Corte; al mismo tiempo decreta una orden relativa a las Costas.

e) El procedimiento ante la high court

Una vez que el juicio sea hecho ante el juez, éste debe ser obedecido. Si la parte contra la cual el juicio se ha pronunciado paga los daños y las Costas, ahí concluye la materia. Algunas veces la sentencia no es obedecida y la parte que adeuda dinero o a cuyo cargo está la tierra en disputa o de la cual tiene su posesión haría que se abriesen dos casos de imperio, éste es como se dice de dos clases, sentencia para el pago (:el dinero o sentencias para posesión, recuperación de tierras o de varios efectos.

Los writs de ejecución son ventilados por la Corte de la siguiente manera:

- *Fieri facias*. Este writ es dirigido al policía para tomar los bienes muebles del deudor y cubrir lo reclamado; se excluyen desde luego los bienes estrictamente indispensables para el deudor.
- *Garnishee order*. Consiste en tomar una prenda como se ha dicho.
- *Charging order*. Que equivale a un cargo de guardar una suma.
- *Appointment receiver*. Que consiste en embargar las tierras o las casas o sus productos.
- *Sequestration*. En este caso el writ autoriza a los ejecutores a tomar las tierras del deudor dando la posesión y los productos, o bien colocando a una persona que los administre para que los pague al acreedor, si el writ no es obedecido el deudor comete desacato a la Corte.
- *Attachment of Earning*. Que se aplica cuando el demandado rehusa obedecer o a dar cumplimiento a la orden de la High court.
- *Committal order*.
- Posesión de la tierra o entrega de bienes.

SEGUNDA PARTE. EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL

El Derecho inglés plantea el problema de qué debe entenderse por ofensas. Hay un principio cardinal en el criminal law de Inglaterra que nadie podría ser acusado a menos que exista una prueba de intención delictuosa. Para que exista un acto ilícito, el principio se encuentra en la máxima, *actus non jactat reum, non mens sit rea*, de donde se desprende que no basta la realización de un acto a menos que en la ejecución hubiese habido una intención culpable; por lo tanto los dos elementos fundamentales de la ofensa criminal, son el *actus reus* y el *mens rea*. El primero, puede consistir en un acto, o en una omisión. Lo difícil sería probar la existencia de la *mens rea*. Cuando la ofensa requiera una específica prueba de su intencionalidad, el acusado en el juicio, probará acudiendo a una certeza normal. El elemento de la *mens rea* es fundamental, ciertas ofensas creadas por ley (statute) y conocidas como ofensas absolutas u ofensas de estricta ilicitud, dispensan la necesidad de la prueba mental. Estas ofensas envuelven un grado de peligrosidad social, dice Kinder-Gest,¹⁵⁸ tales como contaminación, accidentes de carretera, drogas, la violación de la higiene pública en la venta de comida y bebidas. Incluso en estos casos las ofensas son tan graves que la violación accidental de las normas constituye una ofensa y no puede sustentarse la defensa la buena fe o engaño inocente. En otros casos, como la muerte accidental en un participante de deportes obviamente supone que no existe la *mens rea*.

Hay algunos casos en que la intención criminal se tiene por probada b'lo la forma de incitación, como en el atentado de conspiración. Estos son conocidos como *inchoate offences*; y aquí obviamente hay *mens rea*, pero puede no existir el *actus reus*. También es penable y se considera culpable la ayuda u ocultamiento de un acto criminal, que a la larga se traduciría en una *inchoate offence* (ofensa rudimentaria) .

Una persona que niega la existencia del elemento específico intencional puede acudir a varias defensas: error; violencia o coerción que incluye no sólo la compulsión física, defensa propia, necesidad, intoxicación o automatismo, e incapacidad derivada de la infancia o de la insanidad.

- **Clasificación de los crímenes** Cabe una clasificación en cuatro diferentes caminos, al decir de Patricia Kinder-Gest:

A) Por su fuente hay ofensas que derivan de la ley o del Common Law.

B) Por el daño incluido, las ofensas son de interés público, ofensas contra la propiedad y ofensa contra la persona.

C) Por lo que se refiere a las ofensas que producen el arresto las hay sin necesidad de orden. En este caso se distingue entre ofensas que van a producir más de cinco años de prisión u ofensas cuya penalidad es fijada por el derecho.

D) Finalmente, pueden clasificarse por el método *proce-sal* y *clase de juicio*, distinguiéndose entre ofensas sumaria y procesales (*sumary ofences and indictable ofences*). Las suma-rias son ofensas menos graves como un robo de una tienda, desorden alcohólico, ofensas de tráfico y en fin todas aque-llas que podrían ser sancionadas con seis meses de prisión o multa de dos mil libras y que se ventilan ante las Magistrates Court or justice of the Peace, o Stipendiary Magistrates, y que, desde luego, son ventiladas sin jurado. Las llamadas ofensas procesales, son más serias y su penalidad más grave y en este caso se ventilan ante la Crown Court ante juez y jurado. podría, con el consentimiento del acusado, ventilarse ante la Crown Court d Magistrate Court.

b) *Prosecución*, Al respecto existe en Inglaterra una ley, de Prosecution of offences Act de 1985. Teóricamente es la Corona quien realiza la prosecución mas en la práctica es la policía, quien decide si cabe imputar los cargos e iniciar el procedimiento, que se ventila ante la oficina de servicio de prosecución de la Corona establecido en 1986, conforme a la ley que hemos mencionado. La ofi-cina está encabezada por el director de las prosecutions públicas bajo la superintendencia del Abogado Gener.al. Los prosecutors de la Corona son señalados por el director que escucha los casos. El servicio es responsable de dar cumplimiento a las órdenes de las cortes de los magistrados. Anunciado como una revolución en el proceso penal, el servicio de prosecución de la Corona ha tenido críticas de la prensa y de abogados. Los salarios que ofrece eran estimados demasiados bajos para ser un atractivo a abogadÓs experimentados, y en esas circunstancias se colocan gentes no experimentadas surgiendo críticas de ineficiencia, lentitud e impreparación. En algunas categorías de casos de importancia particular o de dificultades de fraudes complejo jos, publicaciones obscenas e incumplimiento del trabajo de policías, se remiten a la oficina del Director de Prosecú: ciones Públicas en Londres que conocen de los procedimientos criminales más importantes.

c) *Prosecución privada*

Aunque extraña, sin embargo, ocasionalmente procede, especialmente en casos de salubridad por autoridades lo-cales y otros campos de los cuerpos públicos. El Director de las Prosecuciones Públicas interviene vigilando la prosecución privada.

Algunos procedimientos fundados en la ley de oficiales secretos de 1911 o en la ley de orden público de 1886, se ha "instituido con el consentimiento del abogado general, el cual tiene poder para detener la prosecución decretando una orden de nolle prosequi. Las abreviaturas para designar estos procesos generalmente vienen precedidos de la letra Rb. vg. Rb frente a Brown.

d) *Iniciat:ión de un proceso criminal*

Prácticamente todos los casos criminales se inician ante los jueces de paz en las cortes de los magistrados, (Magistrates court) oyendo sumariamente o inicialmente antes de presen-tar la demanda ante la Corte de la Corona, excepto en los casos de desacato a las cortes en cuya situación el desacato se instruye por una orden o por un decreto de arresto o final-mente por un arresto con orden fundada de cargos.

Una infomlación jurada debe desariollarse ante la Jus-ticia de Paz por el funcionario de las cortes de magistrados entregándole a la persona acusada una información sobre el cargo y señalando los textos legales que se han infligido. Suele darse a conocer el costo de los honorarios solicitors o "(bam'ster que conocerían de la prosecuciÓI:t del juicio en la ;: Corte. Una vez, que la resolución se ha desarrollado, la jus-ticia de paz emite una orden para que comparezca ante la ;:Corte en una fecha determinada. Podría no ser suficiente la emisión de la orden en caso de que el indiciado ignore fcÓ haga caso omiso de ella y en esas circunstancias se emite

una orden de arresto para aquella persona. Por supuesto ~que la orden de arresto admite la posibilidad de la libertad bajo fianza y, esto es conocido con el nombre de backing for bail. Fundamental en el Derecho Inglés

es que nadie puede ser arrestado sino es mediante una orden emitida y sólo casualmente podría ser aprehendido por la policía cuando estuviese cometiendo o se sospechase que hubiere cometido una ofensa, todo esto bajo la ley denominada *Police and Criminal Evidence act 1984*.

e) Fianza

Procede la libertad entre tanto se enjuicia o sentencia, puesto que una persona se presume inocente hasta que no se pruebe que es culpable y, sólo en este caso podría ser colocada en prisión. Por eso se dice que el *unit of the habeas corpus*, tiene por objeto proteger al individuo de una detención errónea; la fianza significa un punto intermedio entre la libertad y la necesidad de asegurar para la prevención o para impedir la intimidación a testigos e incluso para evitarlos. En estos casos ante las cortes de los magistrados son necesarios de cincuenta y seis a setenta días para la primera citación en juicio ante la *Crown Court*. Existe una ley denominada *Bail Act, 1976* en donde se reconoce que la libertad es la regla, rehusarla sería una excepción; El otorgamiento de la fianza es sobre el entendido de que el acusado se presentará en la Corte o en la estación de policía en una fecha determinada; esto se conoce como *on the unfitness by securities*.

f) El juicio por ofensas graves

Se inicia con la petición de inocencia o no inculpar; porque generalmente el acusado comparece personalmente en la Corte de Magistrados ante cierta evidencia. Las pruebas de la evidencia son mencionadas desde la citación de policía. Si el acusado manifiesta no ser culpable, comparece ante la Corte para seguir el procedimiento formal. Esto acaece se le hace saber la substancia de la acusación y es preguntado si solicita ser culpable o no, si su petición es de culpabilidad es inmediatamente sentenciado sin mayor procedimiento, si la petición es de no culpabilidad, el prosecutor de la Corona llamará a los testigos substancial es en los hechos, y al igual que en el sistema de procedimiento civil los testigos son examinados por ambos lados.

Veredicto. Después del examen de las evidencias, los magistrados se retiran para resolver por mayoría y si no lo consideran culpable, el caso ha concluido pero si deciden que hay culpabilidad los magistrados se instruyen en los antecedentes de la persona, esto hace distinguir el sistema inglés del sistema europeo que se caracteriza por ser evidentemente inquisitorial.

g) Sentencia

Si el acusado es declarado por dos o más ofensas que de acuerdo a ley ameritan más de doce meses, le es remitido a la Corte de la Corona para la sentencia y custodiado entre tanto se emite la decisión.

La apelación ante la Corte de la Corona implica un volver a escuchar el caso, incluso con el llamamiento de los testigos. Finalmente, cabría una última apelación que se ventilase ante la *House of Lords*.

h) Proceso de encarcelamiento

Cuando a una persona se le imputa una ofensa más seria, el proceso se inicia con una información ante el magistrado que emite una orden de arresto. Si la persona ha sido arrestada con o sin garantía comparece ante la Corte de los magistrados dentro de veinticuatro horas y, podrá otorgar una fianza o permanecer en custodia. Ésta no puede exceder más de ocho horas, en circunstancias excepcionales y conforme a la ley *Police and Criminal Act, 1984*. Los poderes de la policía para detener a un sospechoso pueden extenderse hasta noventa y seis horas.

El paso siguiente de la inquisición criminal, también conocida como proceso de encarcelamiento, se desarrolla ante la Corte de los Magistrados. El procedimiento no pretende decidir si el acusado es culpable de la ofensa pero decide si continúa la investigación, o sea, si existe evidencia suficiente para colocar al

acusado en juicio ante la Corte de la Corona, en otros términos, se ha elaborado un proceso lento para salvaguardar a las personas inocentes de un juicio insuficiente o con dudas evidentes.

Existen dos clases de encarcelamiento conforme a ley Criminal Justice Act. 1967, que introdujo un procedimiento denominado instantáneo, corto y conforme a este la prosecución se fundamenta en pruebas escritas que obligan a que el acusado tenga un solicitante o abogado inicial para que pueda alegar la insuficiencia de la evidencia, de tal manera que la Corte no puede iniciar el juicio de acusación sin examinar las pruebas; en todo caso todo depende del acuerdo con el acusado.

Si rehusa este procedimiento, entonces se colocara en el estilo viejo, old stile comita este antiguo procedimiento se inicia con una lectura de los hechos y de las evidencias que consisten en testigos, cuyo testimonio oral se desahoga en testimonio escrito, toda referencia oral será anotada por escrito y firmada por los testigos. Estos sumarios son llamados de posiciones, la examination in chief, cross examination que se desahogan en la forma usual, y la prosecución continúa hasta que la defensa contesta los cargos. .

En esas circunstancias, mientras que el acusado manifiesta la existencia de la ofensa o que el cargo es infundado y la defensa establece la evidencia llamando a los testigos, el denunciado no está obligado a alegar o a indicar su defensa hasta que obtiene un completo silencio. En esas, circunstancias elige entre contestar el cargo, leerlo, suscribirlo o transmitirlo a la Corte con las suposiciones de los testigos y las pruebas escritas. Después de la conclusión de estos procedimientos, los magistrados indicarán al denunciado si encuentran que hay cargos prima facie en contra de él, o si no lo hay, en el primer caso se inicia el procedimiento ante la Corte de la Corona. El procedimiento de encarcelación es conducido en una Corte abierta en donde se reportan los procedimientos iniciales, en orden a prevenir a la Corte de la Corona de jurados con ideas preconcebidas. La Magistrate Court Act, de 1980, indica que solamente se harán denominaciones de las materias, los nombres y domicilios de las partes, y los cargos.

i) Juicio bajo acusación

Procedimiento ante la Corte de la Corona o Crown Court. El procedimiento empieza con un arraigo. Entre la orden de comparecencia y el juicio, un acusado debe recibir conclusiones; éstas son un documento que contienen un resumen de la ofensa imputada y puede componerse de varios cargos. Una vez que el acusado comparece ante la Corte, es llamado al banquillo, por su nombre y en esta primera etapa es arraigado: el acusado estará listo para contestar y alegar. Cuando la acusación contiene más de un punto, sobre cada uno de ellos formulará alegatos separadamente. Si alega culpabilidad la prosecución se ventila con un resumen de los hechos; los antecedentes históricos del acusado; sus antecedentes (records) criminales y cualquier otro detalle importante; la defensa examina y formula alegatos; solicitando que se dé indulgencia fundándose en el desarrollo de los hechos, alegando circunstancias que mitiguen la culpa o solicitando se vea al acusado con indulgencia en relación con la penalidad que podría imponerse. El acusado generalmente tendrá la oportunidad de hablar antes de que la sentencia se dicte. Si el acusado alega culpabilidad de una ofensa y no culpabilidad de otra u otros, o ninguna inculpabilidad en todas las ofensas, un jurado será compelido a formarse. Cuando un acusado alega no culpabilidad y el prosecutor no propone, ni ofrece evidencia alguna en contra de él, el juez presidente ordenará un veredicto de no culpabilidad frente al jurado. En adición a un simple alegato de no culpabilidad existe un pequeño número de lo que se conoce como alegatos especiales, éstos deben ser breves { autre fois aliquid an autre fois convict) , cuyos principios significan que la misma persona no podrá ser puesta bajo la misma acusación y los mismos hechos cuando ya ha sido ventilada la acusación en su contra. Incluso se pueden alegar tres circunstancias; 1. – Objeciones fundadas en duda, que se alegan en contra de la substancia de la acusación. El acusado puede asimismo, señalar que todos los hechos alegados en contra de él, no constituyen una ofensa; 2. Alegato de jurisdicción: cuando el acusado objeta que la Corte tiene jurisdicción en esa ofensa, y 3. Perdón, cuando el acusado ha recibido expresamente perdón de una ofensa.

Es posible que la defensa proceda a invalidar o anular la acusación alegando graves defectos de sustancia en

la denuncia: inexistencia de derecho en la defensa alegada o algún defecto o irregularidad en el procedimiento.

Denunciada la anulación de alguna acusación ante la Corte de la Corona, ésta es libre de encauzar una nueva acusación por la misma ofensa.

El jurado se integra en el evento de que se hubiere alegado no culpabilidad. En alguna parte del proceso un jurado de doce personas, se compone llamando a las personas insaculadas como jurados. Éste normalmente tiene lugar en la Corte porque si el acusado alega culpabilidad para algunos cargos y no culpabilidad para otros el jurado normalmente será llamado. Consideran los juristas ingleses que los juicios en casos criminales con jurado, forman parte de una honorable tradición que se remonta al siglo XII. Lord Denning, califica al jurado como el baluarte de nuestras libertades, y sostiene que "más que una institución de justicia es una lámpara que muestra las libertades vivas". La incautación para el servicio de jurado requiere: ser mayor de dieciocho años. Estar registrado en el padrón electoral~ tener una residencia ordinaria en el Reino Unido por lo menos de cinco años a partir de los dieciocho años de edad no estar sujeto a ninguna incapacidad. Se dice que la misma proporción de hombres y mujeres en el jurado re-producen las listas de los electores.

Algunos miembros del público no pueden ser elegibles como miembros del jurado; así los que hubiesen sido o sean miembros del poder judicial, magistrados y en general todas las personas relacionadas con la administración de justicia, tales como solicitors, barristers, oficiales de corte, de prisión y de prueba, clérigos y enfermos mentales. Otros son descalificados, como los que han tenido una sentencia de más de cinco años de prisión o que en los últimos diez años hayan sido sentenciados a prisión, o sujetos a un tratamiento correctivo para jóvenes o cualquier otra forma de penalidad no custodiada.

Algunos ciudadanos tienen el derecho de excusa como los miembros y oficiales de la Casa del Parlamento; los miembros del parlamento europeo o los de las fuerzas armadas y los practicantes de profesiones médicas. En ciertos casos otros miembros del público pueden ser excusados del servicio de jurado en función de servicios anteriores al propio jurado dentro de los dos años. Asimismo las personas que hubiesen sido acusadas de falsas declaraciones o aquellas que hubiesen estado bajo el vicio del alcohol o de las drogas y con motivo del cual hubiesen sido multadas por la Corte, el llamamiento se hace por los oficiales de las órdenes del jurado, los cuales previamente han examinado las listas electorales, nombres y direcciones de los posibles miembros mediante selección de las propias listas.

Elegido un cuerpo de más de doce jurados antes de tomar el juramento, el oficial informa al acusado su derecho a recusar a los miembros del jurado. La ley de Criminal and Justice abolió el derecho a un término perentorio para la recusación, pues la defensa podría hacer un número ilimitado de recusaciones por causa invocando las razones o señalando la descalificación o inelegibilidad por causa de su parcialidad o por prejuicios. El prosecutor tiene el derecho de mantener a los jurados a menos de que sea imposible formar un jurado con el panel propuesto, en cuyo caso el prosecutor estará obligado a expresar la causa. Desde 1989, el prosecutor tiene derecho de hacer permanecer a los jurados sin dar las razones en dos instancias, en asuntos de terrorismo y asuntos que interesen al abogado general.

j) Crítica al sistema de jurado

En la actualidad hay una crítica al sistema de jurado en función de que al decir de lord Deblin "predominan el sexo masculino, la media edad y la media de la clase media".

Por otro lado se critica la posibilidad del soborno. El soborno a un jurado consiste en atentar para obtener un veredicto a favor del acusado mediante la influencia con la designación de estos miembros. Se dice que el jurado ha sido abolido en las acusaciones hechas en el norte de Irlanda.

k) Prueba del sistema: evidencia

Se maneja jurídicamente tanto en el aspecto civil como en el criminal, la regla general es que la prueba de la evidencia no debe ser confusa. La prueba debe girar alrededor de la verdad de los hechos.

En materia criminal las reglas de la evidencia responden a las siguientes cuatro cuestiones: primero, quién asume la carga de la prueba, segundo qué hechos deben de ser probados; tercero, que hechos deben ser excluidos del conocimiento de la Corte, y cuarto, como se prueba.

La carga de la prueba la tiene el prosecutor. La defensa tendrá a su cargo los alegatos de autodefensa, provocación a la violencia, la necesidad, la intoxicación, y la insanidad. La prueba en este caso, exige menos requisitos que en el aspecto civil, y puede fundarse en probabilidades. Ciertos hechos notorios, como las leyes del Parlamento no necesitan ser probados. Asimismo se goza de ciertas presunciones a favor de algunas de las partes.

Hay dos clases de presunciones, la directa, y la deductiva. La primera es aquella que se funda en los hechos básicos; la presunción deductiva se desprende de un análisis de los propios hechos. Hay reglas de evidencia relevante y admisible y giran alrededor de dos clases de hechos: los que se desprenden de la sustancia de la investigación y los que surgen de las circunstancias.

La ley reconoce tres clases de evidencia o medios de prueba: la oral que se funda en el testimonio de testigos, o, en las palabras que están conexas con ciertos documentos. La evidencia documental consiste en la producción de documentos descriptores de hechos, o escritos por testigos. La evidencia real, consiste en la presentación material de los objetos. La regla de la mejor evidencia se funda en documentos o fotocopias. La evidencia oral se refiere a una evidencia directa u original de primera mano.

La evidencia deductiva se funda en los hechos que, la Corte tendrá como plenamente probados. La evidencia de oídas es oral o escrita, pero formuladas por personas que no han sido parte o no han sido llamadas a juicio.

Reglas estrictas dirigen el uso de la confesión como evidencia en casos criminales y al final de un juramento es necesario probar la opinión.

IX. EL DERECHO FUNDADO EN EL CASE LAW

Las instituciones jurídicas inglesas no podrían entenderse si no partimos de la idea del case law, que queda definido como el Derecho tradicionalmente construido por las decisiones de las cortes. El jurista necesita referirse a los principios manejados en las resoluciones de justicia y de ellos obtiene la regla conforme a la cual no sólo se ha manejado el derecho sino que podrá resolverse en el futuro.

Fundamento del case law es el punto central que consiste en buscar en las decisiones judiciales, la ratio decidendi y distinguirla del obiter dictum. La ratio decidendi ha quedado definida como el "objetivo" o la "razón" de la decisión. "El fundamento de los casos determinados por los jueces." 166 Obiter viene del latín y significa en camino o de paso, incidental o colateralmente y se define como "las palabras u opiniones no estrictamente necesarias para la decisión del caso.

Una marcada opinión expresada por el juez, en su decisión y que va a un lado de la misma, incidental o colateralmente, sin dedicarse a la cuestión fundamental y en ocasiones envuelve razones introducidas en forma secundaria o argumentos análogos, que no constituyen el precedente".

El jurista inglés en consecuencia debe aprender a interpretar la jurisprudencia y aun cuando, como veremos en el siguiente capítulo, la legislación constituye en la actualidad una fuente importante para el derecho, ésta

sólo se toma en consideración conforme al grado de interpretación realizado por los tribunales.

Por lo tanto en el Derecho inglés al contrario del resto del Derecho europeo no se invocan las razones filosóficas o de fundamento teológico. Ha dicho René David que el Derecho fundado en la familia romano-germánica se hizo en las universidades y en ellas se buscaron los principios fundamentales del orden jurídico, inspirándose en las razas eternas. El derecho inglés por el contrario busca las razones concretas de las decisiones, supone que los fundamentos de sabiduría e inteligencia se tienen por vistos y sólo se pretenden analizar las razones concretas de la justicia.

La conclusión sería que para el jurista inglés un sistema de derecho fundado exclusivamente en la ley no sería sino una concepción abstracta de los preceptos y en todo caso una dirección muy genérica de la conducta humana, pero como esta dirección ha quedado plasmada en un documento que recibe el nombre de ley, código o constitución el sistema romano-germánico ha sido calificada, por los Ingleses como un sistema cerrado, en tanto que fundamentar el derecho en las decisiones judiciales permite presentarnos un sistema abierto; las decisiones judiciales siendo concretas permiten que el jurista se separe de ellas mediante la técnica de la distinción (distinction).

Es posible concluir que hasta hace poco el Derecho inglés, calificaba la legislación como una norma excepcional, la función del derecho estatuido sería la de corregir o añadir las decisiones judiciales adenda veZ com'genda common law.

La segunda conclusión sería estimar, que dado el carácter excepcional del Derecho legislado éste sólo produce un exceso de leyes o como habría dicho Carnelutti, un "exceso de Derecho", cuando lo ideal sería la menor cantidad posible, pero como veremos en el capítulo siguiente las instituciones jurídicas y económicas del mundo moderno exigen un llamamiento al Derecho legislado aun en el Derecho inglés.

La tercera consecuencia es que este Derecho no fundado en el case law sino en la ley recibe el nombre de Act or Statute, tiene un carácter imperativo. El jurista inglés no concebiría la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas, la renunciabilidad de un Derecho puramente privado, es propio del sistema romano-germánico, para el sistema inglés toda norma sería imperativa.

Examinemos en seguida las fuentes del Derecho tal y como aparecen en una concepción actual.

TERCERA PARTE

FUENTES DEL DERECHO INGLÉS

I. FUENTES DEL DERECHO INGLÉS

Tradicionalmente el profesor francés René David, trató de explicar el problema relativo al Derecho inglés indicando que puesto que generalmente había sido elaborado por los tribunales de Westminster ya la misma vez se elabora un Derecho a través del Parlamento, las fuentes del Derecho inglés se clasificaban en dos grandes grupos, siendo el primero la decisión judicial que da surgimiento al case law y el segundo, la producción legislativa del parlamento que recibe el nombre de Act or Statute.

El análisis de las fuentes queda muy claro en la mente de otros juristas ajenos al sistema, puesto que, se dice que el Derecho está elaborado por las decisiones judiciales rectas y que la ley solamente tiene la función de añadir o corregir el Common Law.

Una tercera fuente se encontraría en los usos y costumbres que especialmente en la materia mercantil, incluyeron al Derecho en siglos anteriores, hasta que surgió la jurisdicción de la equity que al programar el cumplimiento exacto de la obligación regula el Derecho mercantil.

Sería un error decir que el Derecho inglés es un derecho consuetudinario, a no ser que acudamos a la llamada costumbre inmemorial del reino, por la cual los juristas ingleses entienden, las decisiones judiciales anteriores al siglo XIII.

Finalmente habría una fuente que sólo con el paso de los siglos ha alcanzado cierto valor, me refiero a la doctrina, pero como la doctrina inglesa gira en torno a la decisión de tribunales judiciales, en todo caso son las resoluciones judiciales la única fuente del Derecho.

Magistralmente concluiría René David que puesto que la decisión judicial se funda en la razón (ratio decidendi), el Derecho inglés no vendría a ser otra cosa que una ordenación de la razón y nosotros añadiríamos ordenación de la razón obtenida por la experiencia.

Kinder-Gest, propone una sistematización moderna de las fuentes del Derecho inglés en cuatro categorías:

Uno: Las fuentes históricas, que fundamentalmente son el Common Law y la equity y sólo accidentalmente la legislación;

Dos: Las fuentes actuales que se componen tanto de las producciones hechas en forma de legislación como en forma de precedentes judiciales.

Tres: Las fuentes formales que son aquellas que expresamente maneja el parlamento y;

Cuatro: Las fuentes literarias o de doctrina.

a) Jurisprudencia

Agrupamos bajo este rubro las producciones hechas en decisiones judiciales, y debe observarse que no puede traducirse la palabra jurisprudence, por jurisprudencia, pues-to que, por jurisprudencia los ingleses entenderían las fuentes fundadas en el derecho natural, o sea en los principios filosóficos. El estudio de las decisiones judiciales en Inglaterra implica, primero, el conocimiento de la organización judicial; segundo, el alcance moderno de la regla del precedente, y finalmente, e) análisis de la distinción (distinction) .

Actualmente los juristas ingleses distinguen entre cortes de procedimiento civil (civil court) , y cortes de procedimiento criminal (criminal court) .El primero se compone de tres instancias siendo la primera ventilada en tres tribunales que son la King's Bench Division, la Chancery Division y la Family Division,. La segunda instancia recibe el nombre de Corte de apelación, Court of appeal, el conjunto de estas dos instancias se llama Hight Court of justice.

La tercera instancia se ventila en la rama judicial del Parlamento, ya ella sólo se llega for very important reasons, es decir, por razones importantes.

Existen, además cortes inferiores para asuntos pequeños que reciben el nombre de County Court.

La jurisdicción de la Queen Bench Division como resultado de la Administration of justice Act 1970, conoce de los casos mercantiles y su procedimiento es más flexible que el de las otras cortes. Abarca por consecuencia el conocimiento de tres materias; uno, todos los casos civiles no asignados a las otras divisiones; las materias mercantiles y los casos de almirantazgo.

La Chancery Division podríamos pensar que subsiste en el conocimiento de las materias que antiguamente correspondían a la equity, y, en la actualidad abarcaría, la administración de los bienes de las personas difuntas; la disolución de las sociedades; hipotecas y otras cargas en la tierra, trust; venta de propiedad en materias relativas a las compañías, partición y venta de inmuebles rectificación y colocación de deudas,

materias de bancarrota, cumplimiento específico de contratos, y cuestiones testamentarias.

Cuando surge una materia contenciosa la Family Division, de reciente creación, hace referencia al divorcio, diversos grados de separación, nulidad de matrimonios, otorgamiento y exigencia de pensiones familiares, guarda de menores, adopción, legitimación y las materias relativas a sucesiones siempre que no haya contención en los tres últimos casos.

Finalmente, las County Court, incluye casos fundados en contratos o en daños, por arriba de cinco mil libras, materias relativas a la equity hasta quince mil libras, acciones de recuperación de títulos, bancarrotas, sucesiones en valor inferior a quince mil libras, disolución de compañías cuyo capital sea inferior a ciento veinte mil libras; supervisión de adopciones, algunas materias de almirantazgo y los temas relativos a la tenencia de la tierra en los diferentes contratos entendidos como land lord and tenant.

Desde 1974, las reclamaciones pequeñas que no excedan de quinientas libras pueden sujetarse a un arbitrador.

b) Criminal courts

La organización de las cortes criminales es un poco más compleja que las anteriores. De todas suertes puede pensarse en las tres instancias, ventilándose la primera en la sección del tribunal de la reina (Queen 's Bench Division) un rango inferior se ventila ante la Corte de la Corona (The Crown Court) .La instancia de apelación recibe el nombre de corte de apelación en su sección criminal.

Finalmente, puede llegarse a la tercera instancia por razones importantes en la Casa de los Lores, the House of Lords.

Abajo de estas tres instancias se encuentran las cortes de los magistrados, que en principio conocen los asuntos de escasa importancia o la preparación de casos importantes que van a ventilarse en las otras cortes. La Casa de los Lores puede decirse que recibe apelaciones de la Corte de Apelación y de la Divisional Criminal Court of the Queen 's Bench Division pero previamente estos organismos deben certificar que existe un punto de Derecho de importancia ; general envuelto en sus decisiones y sólo más tarde la Casa de los Lores indicará si considera o no, que el punto debe discutirse (así se desprende la Administration of justice act

1960) .Basta una sesión de tres lores para conocer los asuntos y el veredicto se otorga por mayoría.

c) Corte de apelación

Como hemos visto la Corte de Apelación tiene una jurisdicción civil, que ya se ha analizado y una jurisdicción criminal que se estudiará enseguida.

Los jueces están precedidos por el lord chief justice, y los lores de la justicia de apelación requieren Unánimidad de tres. La Corte de Apelación puede ordenar un nuevo Conocimiento de la prueba.

El proceso de primera instancia, como hemos dicho se puede ventilar en la Corte de la Corona o en la División Criminal de la Queen's Bench. La Corte de la Corona reemplazó, el antiguo juzgado denominado Quarter Session en aplicación de la ley de 1971. La jurisdicción abarca ofensas graves ya ofensas con jurado. El juez de la Crown Court puede ser un juez o un juez de la High Court de la Queen 's Bench Division y por eso decimos que interviene el Queen Bench.

Los jueces inferiores reciben el nombre actual de Cortes de Magistrados (Magistrates Courts) , que vendrían desde los años de 1327 y tienen las funciones de conservar la paz y por esa razón también fueron llamados

como jueces de paz, cuando su función sea gratuita o stipendiary magistrates, cuando reciben algún emolumento. En todo caso van acompañados de empleados de justicia (clerk of the justices).

Los jueces de paz de los cuales puede disponerse al decir de David Barker actualmente de 21500 en Inglaterra y en Gales, son jueces urbanos.

Los magistrados stipendiarios son en su gran mayoría barristers o solicitors que, como hemos visto así reciben la denominación los abogados según su importancia. El clerk de justicia generalmente es también un barrister solicitor.

La jurisdicción de las Cortes de Magistrados se extiende como corte de prueba; como corte de investigación preliminar y como jurisdicción mixta. Como corte de prueba, conoce las Ofenses que se hall ventilado por la acusación. Como corte de investigación preliminar requiere que exista alguna orden de arresto para que el juicio se ventile. Finalmente, la jurisdicción mezclada o de miscelánea se refiere a cuestiones relativas a la separación y mantenimiento de los esposos; a las ordenes de filiación, al consentimiento del matrimonio, guarda de menores, adopción de niños, ya otras cuestiones relativas a incapacidad. Como se ve en estos casos se considera que las cuestiones familiares son de tal importancia que requieren ventilarse en jurisdicciones que buscan el bienestar de la sociedad. Finalmente, existen cortes juveniles en donde se elaboran paneles para escuchar las ofensas cometidas por personas menores de catorce o mayores de catorce y menores de diecisiete.

d) Tribunales administrativos

Puede decirse que a más de los tribunales civiles, se han creado en Inglaterra tribunales administrativos, pero su concepto debe estudiarse cuidadosamente, pues resultan de un Derecho administrativo que es diverso al elaborado por la familia romano-germánica. Se dice que los tribunales administrativos son similares a las cortes eclesiásticas cuando se ventilaban ante ellas las cuestiones matrimoniales o a los casos de equidad destinados al canceller en los casos de trust. Se refieren los tribunales administrativos a los derechos y deberes que surgen entre la persona y el Estado.

Las materias que se ventilan ante tribunales administrativos se refieren a la vida social de la comunidad y en consecuencia hacen referencia a los servicios de salud; servicios de seguridad; educación, vivienda, planeación de ciudades y campos. Existen sobre dos mil tribunales en donde se ventilan más de doscientos mil casos al año.

Los tribunales administrativos se componen de paneles, de gente especializada en la materia y su razón de ser es por que estos asuntos interesan al consueño y al hombre común y corriente. No pueden ventilarse ante las cortes civiles o criminales pues de hacerlo el juicio sería sumamente largo, costoso y elaborado y requeriría peritajes de especialistas y decisiones autoritarias para investigar o conocer la verdad.

Los tribunales administrativos, o sea los antiguos Board Commissions; tienen las siguientes ventajas: Su decisión es rápida, el procedimiento es barato, hay un proceso informal, el tribunal tiene poder discrecional y en su gran mayoría está constituido por expertos que buscan una administración eficiente.

Los principales casos de estos tribunales se refieren a seguridad; a delitos producidos por industrias; materias industriales; cuestiones laborales; regulación de precios, rentas de casas o departamentos y las cuestiones denominadas internas (domestic matters); sindicatos, oferentes de trabajo jurídico (solicitors), y médicos.

Los tribunales administrativos tienen dos reglas fundamentales, la primera es conocida con el nombre de rule against bias que significa que nadie puede ser juez en su propia causa, y la segunda y quizá más importante y que provendría desde la época de la Carta Magna es la audi alteram partem, es decir la

necesidad de oír a las partes. Esta última regla ordena aclarar a las partes cuáles son las reclamaciones que se ventilan en contra de ellas, y desahoga por medios orales o escritos sus resultados.

Las cortes administrativas cuentan con instrumentos que pueden ventilarse en su propia jurisdicción, o en la jurisdicción de apelación que obviamente se ventila ante el tribunal de la "División de la Reina".

Para conocer la verdad el Queen 's Bench Division cuenta con tres procedimientos:

a) Una orden de mandamus, que significa una orden para compeler a las autoridades a ventilar las inspecciones o a conocer los deberes judiciales;

b) Una prohibition que se manda a los que hallan la investigación o a las diversas autoridades administrativas, y

c) Un certiorary, que es una orden que se remite para informarse y obtener un juicio imparcial; revisiones del exceso de jurisdicción, o incompetencia ultra vires, o para impedir una decisión contraria a la justicia natural o corrigiendo errores de derecho.

Como un resumen de lo anteriormente dicho, podemos indicar que si bien históricamente la fuente más importante del Derecho inglés fue el case law, en la actualidad y dado el acercamiento del Reino Unido a la Comunidad Europea podemos decir que de hecho el Reino acepta como primera fuente a la ley y la segunda sería el precedente.

Aunque hemos afirmado que en la actualidad la ley es la fuente más importante del derecho, sin embargo ésta se examina sólo bajo la revisión del Common Law, es decir) orientando el producto legislativo del Parlamento a la decisión judicial. Aun se reproduce la frase de Coke, que en el doctor Bonham's Case (1610) , dijo que "compete al Poder Judicial dejar sin efecto una ley del Parlamento si ella es contraria a la razón". Sin embargo, el Parlamento inglés

no limita su soberanía por ningún texto o por alguna práctica; en la medida en que la organización constitucional de Inglaterra se ha desarrollado a través del Parlamentarismo su poder se ha reconocido. Incluso se discute en la actualidad si no hay posibilidad de entablar algún recurso en contra de una ley del Parlamento, fundándose, en un pretendido exceso de poder. Parece entonces como si el sistema inglés se acercará al constitucionalismo europeo, pero en función de la teoría de la supremacía del Parlamento, incluso se discute si el Parlamento podría dictar una ley que impidiera a las futuras actuaciones parlamentarias, violar un límite a los poderes; se dice que un Parlamento no tendría una tal omnipotencia. En consecuencia ningún Parlamento puede ligar a su sucesor, y cuando se ha dictado alguna disposición legal que sea contraria a una anterior subsiste la primera. En la práctica el juez no conocerá más derecho que el legislativo, interpretándolo con los precedentes. En consecuencia, en relación con las convenciones internacionales éstas son válidas si el Parlamento las ha hecho suyas mediante una ley, si hubiese una contradicción entre la convención internacional y la ley que la ha hecho suya, prevalece ésta.

La entrada del Reino Unido al Mercado Común Europeo se realizó en los años setenta, para esto previamente el Parlamento ha adoptado su ingreso mediante una ley European Communities Act 1972. Conforme al artículo 22 sección 1 se prescribe que todos los derechos, obligaciones y responsabilidades, así como todas las acciones y procedimientos creados por o bajo la autoridad de los procedimientos europeos con la intención de ejecutarlos en Inglaterra, serán reconocidos en el Reino Unido y por consecuencia deberán ser ejecutados.

Podríamos finalmente preguntarnos: ¿qué valor tienen los reglamentos en el Derecho inglés? , y responderíamos que la fuente constitucional de los reglamentos se encuentran en el Parlamento, en la medida que éste autoriza a ministros, municipalidades y a otras personas de Derecho público el poder de

legislar. Desde luego ningún reglamento puede tener fuerza de ley sino, conforme a los límites que previamente ha prescrito el Parlamento y esto es objeto de un control judicial. De donde se deduce que ante el juez puede plantearse la validez de un reglamento y desde luego es principio fundamental, que jamás se ha pretendido que un reglamento irracional tuviera fuerza de Derecho, pues sería contrario a los derechos del Common Law.

El Derecho administrativo de la familia romano-germánica tiene una ascendencia absolutista, el Derecho administrativo de familia inglesa es eminentemente racional, pues sería contrario al principio de que nadie puede ser desposeído de sus bienes y derechos, sino mediante juicio seguido ante sus iguales.

- La fuerza del precedente en la época actual

A pesar del alud de disposiciones legislativas en la época moderna en Inglaterra, el derecho sigue siendo el que surge de las decisiones judiciales, por eso, es importante la fuerza de las decisiones anteriores.

No obstante las críticas del sistema de precedente hechas por los juristas de la familia romano-germánica, sigue siendo válida la explicación dada por el maestro francés René David, dada en sus *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, el Derecho inglés es un derecho fundado en precedentes judiciales y estos precedentes pueden ser invocados conforme a reglas ciertas, porque al decir del maestro René David, las decisiones judiciales forman un cuerpo de Derecho que constituyen una "ordenación de la razón".¹⁷³

El precedente se fundamenta en tres principios, a saber:

El jerárquico, la fuerza individual del precedente y la técnica de la distinción. El jerárquico significa que las decisiones de la Casa de los Lores obligan a la Corte de Apelación y la Alta Corte de justicia. Las decisiones de la Corte de Apelación obligan a la Alta Corte de justicia, y las decisiones emitidas por los distintos tribunales de la Alta Corte de justicia, sólo tienen una fuerza persuasiva entre sí, y en relación con los tribunales inferiores.

¿En qué se funda la autoridad del precedente? Se funda en que la decisión ha sido elaborada conforme a la autoridad de la razón, por eso los juristas ingleses expresan que las decisiones judiciales tienen su ratio decidendi e insisten en que no debe confundirse con la obiter dictum.

Finalmente, la técnica de la distinción como distinción, a mi entender consiste en un poder separarse de la decisión o decisiones anteriores en función de razones no previstas con anterioridad.

Cabe colocarse en tres posiciones en relación con una decisión judicial y un nuevo caso: Primeramente podría pensarse que la resolución anterior debe ser aplicada a un nuevo conflicto; aquí habría univocidad, es decir las razones son unívocas; en una segunda hipótesis podría pensarse que no puede invocarse el precedente anterior por que las razones son totalmente diferentes, aquí habría equivocidad, es decir las razones equívocas y tan sólo aparentes. Finalmente en un punto intermedio, cabría una cierta invocación analógica, es decir podría el jurista alegar el precedente por razones análogas o separarse de él también por razones análogas, y esto es un camino de analogía.

¿En qué circunstancias se puede alegar la distinción? Es indudable que en dos hipótesis, es decir, cuando las razones son equívocas y cuando son análogas, pero permiten descubrir un nuevo camino. Estimo que el Derecho inglés se ha elaborado durante siglos manejando estos conceptos que filosóficamente pertenecen a Aristóteles. Es la habilidad del litigante o bien la prudencia del juez la que hará que éste se separe de la decisión anterior, considerando que el caso expuesto implica el procedimiento de una nueva solución de justicia.

b) Razones

I. U nívocas 2. Análogas

3. Equívocas

Se alega el precedente.

Se invoca o se separa del precedente. Se separa del precedente.

El Black 's Law Dictionary indica que distinct es "aclarar el sentido o la inteligencia, percibir o entender con claridad; hacer observar un camino evidente pero no idéntico, obser-vable y definible de un modo diverso".

"Se distingue entre distinción por naturaleza o por ley, que no es la misma; difiere en el lugar; separa o individualiza aquello que es capaz de ser diverso, actualiza o dirige hacia otros campos."

III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO LEGISLADO

Como este Derecho elaborado por el Parlamento es cada día más importante se plantea el problema de su interpre-tación. El Derecho legislado del Parlamento en ocasiones contiene las reglas de su interpretación y tiende en Ingla-terra a ser extremadamente detallista. En ocasiones se pres-cribe en un artículo cómo deben ser comprendidas las palabras y las expresiones que se encuentran en el texto.

A más, en Inglaterra se ha dictado una ley especial, Interpretation Act 1978.

No se localizan en esta ley los principios generales que den base a una interpretación escrita, como las yeglas de Derecho del Digesto de justiniano, o como los principios generales del Decreto de Graciano.

Será necesario regresar a los principios que surgen de la interpretación judicial, es decir que aún la ley en el Derecho inglés se filtra a través de las decisiones judiciales. La regla del precedente vuelve a aparecer como regía el Common Law. jolowics menciona a este respecto la frase de un jurista francés, Boulanger, reproducida en la Enciclopedia del Derecho Civil: "coexiste y concurre la ley escrita, de una parte con la serie de decisiones por otra parte".

La necesidad de la interpretación del Derecho legislado en Inglaterra surge a partir del momento de que la Gran Bretaña se ha adherido a la Comunidad Europea en 1973, como hemos dicho, y es entonces cuando se han planteado los problemas que la familia romano-germánica tienen dis-cutidos desde" hace largo tiempo.

Como hemos dicho, la ley viene a aclarar el Common Law y una vez dictada regresa a la necesidad de discutir los problemas actuales. Por esta razón, la Cámara de los Lores ha resuelto que en la interpretación de la ley de ninguna manera se toman los debates legislativos, el análisis se hace del texto mismo de la ley, puesto que ésta se dirige a gobernar un pueblo, de este modo en los anteproyectos, las discusio-ncs no se consideran importantes en el Derecho inglés.

IV. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

El problema es de importancia excepcional, puesto que las convenciones internacionales significan el acercamiento a un sistema jurídico, el romano-germánico, que ha mane-jado el Derecho a través de la ley.

Así que, al aceptarse una convención internacional a través de un acto legislativo del Parlamento, habría que preglill tarse , como dice Jolowics, tres. cuestiones, siendo la primera; si la aplicación del derecho internacional solamente se hace conforme a la ley dictada por el Parlamento, y esto sería una convención internacional integrada.

El segundo problema sería, si pueden aplicarse los tratados y la legislación que la Comunidad Europea ha elaborado.

Y el tercer problema es más complejo aún pues se pregunta si las reglas del Common Law deben aplicarse por el juez en las obligaciones convencionales que el Reino Unido ha asumido en un plan internacional.

En las convenciones internacionales integradas través de una ley, podrían suceder que se hubiesen adoptado objetivos diferentes a los del tratado, o que, incluso la difcultad de dos lenguas diversas existan contradicciones de textos. Se ha resuelto que la interpretación de un tratado internacional hecha por jueces distintos, por ejemplo hecha por jueces franceses podrían servir para interpretar el tratado en Inglaterra. Se reconoce la necesidad de completar las reglas del derecho del Common Law, con las reglas obtenidas a través de otras jurisdicciones, pues la Comunidad Europea no significa una comunidad de bienes, sino una comunidad de ideas y por ese trato comercial, se aplica la antigua experiencia del Imperio romano, cuando principiÓ por comerciar con las provincias (ius commercium,) y acabó por adaptar incluso las resoluciones que las propias provincias formularon (ius latii) , sin que por eso se calificasen de provincia.5 a ninguno de ambos lados de la Comunidad Europea.

La producción legislativa de la Comunidad Europea, obviamente puede invocarse pues así lo señala la ley de Interpretación de 1988, cuando ordena emplear los principios de interpretación comunitaria.

El problema se plantea si la adopción de estos principios a causa de una ley, pueden ser modificados; es decir, el peligro se plantearía si el Parlamento modificase la

ley, pero entonces se acude a la ratio decidendi de la decisión de la Cámara de Lores y esta ratio decidendi quizás no podría ser modificada, pues la razón humana no puede ser modificada aun cuando sí aclarada.

Finalmente el tercer problema, se plantea sobre las convenciones no aprobadas por el Parlamento en Inglaterra pero que se encuentran relacionadas con las convenciones anteriores; se ha resuelto que el juez puede acudir incluso a las convenciones anteriores, para aclarar la intención de las convenciones aprobadas.

CUARTA PARTE LAS FUENTES DEL DERECHO NORTEAMERICANO

I. LA DECISIÓN JUDICIAL

Los Estados Unidos tienen una doble organización judicial. Por una parte se encuentran los organismos judiciales de carácter federal y por la otra en los cincuenta y un estados, tienen otras tantas organizaciones judiciales locales.

La organización local federal se desprende del artículo III, de la Constitución Federal que en su fracción primera señala: "Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un tribunal supremo, y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo, los jueces tanto del tribunal supremo como de los inferiores continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos una remuneración a sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo."

También hemos señalado que la sección segunda del propio artículo tercero, indica cuál es la competencia, en orden de materia de los tribunales federales, y, en principio, señala que el tribunal federal conocerá de "todas las controversias, tanto de Common Law como de equity que surgen como consecuencia de la Constitución de las leyes de los Estados Unidos o de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; de las controversias que se relacionen entre embajadores u otros ministros públicos, las que surjan por jurisdicción de almirantazgo y marítima; de aquellas en que sean parte los Estados Unidos, y de las controversias entre dos o más estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro. Entre ciudadanos de estados diferentes, y entre ciudadanos de un Estado que reclamen tierras en virtud de Concesiones de otro

Estado, o entre un Estado y estados ciudadanos, o súbditos extranjeros". Finalmente para completar la información debe anotarse que sólo en el caso de embajadores y ministros, tendrán jurisdicción eri única il"!stancia, ell todos los demás casos conocerá en apelación.

II. ORGANIZACIÓN JUDICIAL FEDERAL

Radica en una primera instancia en tribunales que se llaman Cortes de Distrito (District Court), son itinerantes y su competencia está delimitada por un distrito, por esa razón suelen llamárseles corte& distritales o juzgados de distrito.

Cada estado comprende uno o más distritos judiciales y en cada distrito existe una Corte. Generalmente se les define como las cortes de proceso con jurisdicción federal. Algunos estados tienen varios distritos (norte, sur, o distrito medio) el distrito de Columbia o sea en la capital, existe una Corte de Distrito. En Puerto Rico y en otras isla,s asociadas la Corte de Distrito no sólo conoce de las mate- rias federales, sino de las locales.

La segunda instancia se ventila ante las cortes de ape-lación que están distribujdas en doce circuitos, y por eso también suelen denominárseles cortes de circuito.

Finalmente, podría haber una tercera instancia ante la Suprema Corte de Justicia compuesta de unjefe (chiejjustice) y ocho a")ociados (associated justices) , a ella se llega mediante un writ oJ certiorari, que es definida como una "orden dirigi-da a una Corte de apelación" y que se usa cuando la Corte tiene discreción para desahogar o no la apelación. Si el lurit es denegado, la Corte rehusará oír la apelación, y si es admitido conocerá el fondo del asunto. Certiorari viene del latín y significa "ser infonnado".

III. JURISDICCIONES LOCALES

Cada Estado tiene su propia organización judicial y puede decirse que no existe una regla común para todos ellos pues incluso las denominaciones de los organismos judiciales varían confundiéndose si se comparan. Sin em-bargo en términos generales puede mencionarse que existe una primera instancia en una Corte de Proceso.

Una segLmda instancia en una Corte de apelación (Court oj Appeal) y finalmente una tercera instancia para asuntos de importancia general que muchas veces suele llamarse Su-prema Corte de Justicia del Estado en ocasiones cambia el nombre y se le pone Corte

de Casación, Corte de Errores, etcétera.

Tomemos como ejemplo la estructura de los tribunales de California y la estructura de los tribunales del Estado de Nueva York.

En California existe un Tribunal Superior, y dependien- do de él existen tribunales municipales y tribunales de justicia; el tribunal superior conoce de asuntos de daños y perjuicios contra actos o propiedades de veinticinco mil dólares en adetante, en tanto que el tribunal municipal y de justicia conocerán de asuntos inferiores a tal suma. Existe además un tribunal ce apelación en seis distritos en donde se ventila una jurisdicción obligatoria en casos civiles y pena-les no vinculada con la pena capital, asuntos administrativos o los vinculados con la juventud, en casos administrativos tendría jurisdicción discrecional y finalmente existe un tri-bunal de última instancia con siete magistrados.

La organización judicial del Estado de Nueva York denomina a los tribunales ordinal- ios como Supreme Court; puede ventilarse una apelación en la appellate division de cada una de esas cortes y puede recurrirse finalmente a la Corte de Apelación ubicada en la capital del Estado, Albany.

Generalmente tanto en las jurisdicciones federales como en las locales existe una Corte de Reclamaciones, en donde se ventilan demandas de daños y perjuicios en contra del Estado y, en las jurisdicciones locales, existen cortes especializadas en delincuencia juvenil y problemas relativos a la familia (family courts). Por supuesto que subsisten otros tribunales menores, generalmente llamados cortes de condado (County Courts), o cortes inferiores (justice of peace court).

Las cortes de reclamación de daños y algunas cortes que ventilan en materia federal asuntos relativos a la administración suelen llamarse legislative courts, denominación que sería confusa desde el punto de vista de la constitucionalidad de Occidente. El fundamento de estas cortes se encuentra en la sección uno del artículo de la constitución de los Estados Unidos en materia federal, pues se autoriza al Congreso a crear los organismos judiciales que sean necesarios.

Tres temas deben ser ventilados para entender en forma más completa la organización judicial de los Estados Unidos, el primero sería la selección judicial, tanto en materia federal como en materia estatal, el segundo el problema relativo a la remoción de los jueces y el tercero el relativo a la abogacía en los Estados Unidos (legal profession).

La selección judicial. Al hablar de la división de poderes indicamos que los constitucionalistas norteamericanos, fundamentalmente distinguen los poderes por la forma de elección de sus funcionarios. Entonces dijimos que mientras el Poder Legislativo se elige territorialmente, los miembros del Ejecutivo se eligen universalmente, y finalmente los del Judicial, son designados. Esta última afirmación es válida en la selección del Poder Judicial Federal, pues conforme a la sección segunda párrafo dos del artículo dos de la Constitución, el Ejecutivo está facultado para nombrar los magistrados del Tribunal Supremo con el Consejo y consentimiento del Senado. Específicamente se indica en la propia exposición que: "...El Congreso podrá atribuir el nombramiento de los tribunales inferiores que considere convenientes por medio de una ley al Presidente, sólo a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos."

La facultad de designar a los ministros de la Corte con la aprobación del Senado se ha ejercido históricamente con el objeto de inclinar el organismo superior judicial con la formación de un criterio liberal o conservador según la política que pretende ejercitar el Ejecutivo. Generalmente el Ejecutivo designa al candidato dentro de los miembros de la Asociación (ARA); el Ejecutivo allanza a los candidatos por conducto de la Federación Inveigstigation (FBI) que los evalúa como excepcionalmente bien calificados, bien (ilificados, calificados o no calificados. El Senado tiene un Comité judicial que escuchará los candidatos, y confirma o rechaza.

La selección de los miembros que ocupa las cortes de apelación es menos formal pero sí es costumbre solicitar la opinión senatorial. Generalmente se invocan dos razones, para no ser tan exigentes, siendo la primera que los circuitos judiciales abarcan varios estados y el Presidente necesitaría la opinión de varios senadores; la segunda razón para no ser tan formales se encuentra en que de todas suertes es más importante la decisión de los jueces distritales, porque éstos efectivamente están más localizados territorialmente, y puede, en consecuencia, escuchar la opinión local, de las asociaciones de abogados, tanto de la American Bar Association, como de la American Law School Association.

IV. SELECCIÓN DE LOS JUECES LOCALES

El método cambia de acuerdo con las necesidades de cada Estado. En algunos casos se hace una selección de los candidatos que pueden presentar las asociaciones de abogados. Muchos estados tratan de alejar toda influencia política en esta selección. Un segundo método que se usa aproximadamente en la mitad de los estados es el de elegir a los jueces a través de un voto popular de los ciudadanos. Este método fue muy conocido en el período denominado de la democracia jacksoniana, en el que los candidatos daban a conocer sus ideas sobre las decisiones que pudieran estar influidas políticamente.

El método de elección no siempre ha sido bien visto, pues se considera que debilita la independencia judicial; la elección no siempre es una garantía de la calidad de la persona electa y finalmente se coloca a los jueces en el ambiente de campaña para lograr los votos.

Un tercer método consiste en una selección similar a la que se formula para los jueces federales, los candidatos son nominados por el gobernador con el consentimiento del senado estatal o de la casa de representantes.

Los métodos siempre toman en cuenta la selección mejor a través de las asociaciones de abogados.

Remoción de jueces. Un principio es fundamental tanto en los jueces federales como en la práctica de los jueces locales, los jueces no pueden ser removidos y continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos una remuneración de sus labores que no será disminuida durante el tiempo de su encargo, es decir, que los jueces federales tienen consagrado por disposición constitucional, su permanencia y que sólo pueden ser removidos mediante un juicio de responsabilidad (impeachment) conforme el cual podrían ser acusados por una falta grave o ignominiosa o por parcialidad, tiranía u omisión.

La remoción de los jueces locales, al decir de Calvy y Coleman en cuarenta y cinco estados siguen el sistema de permanencia y remoción sólo por responsabilidad.

Algunos estados siguen el método denominado dirección del legislativo, en donde el Congreso opina sobre la remoción, método que sería similar al de responsabilidad.

Un tercer método, sería el nombramiento renovado por períodos. Casi en todos los estados se usa una disciplina judicial a través de una Board Commission of Judicial Conduct.

La segunda fuente que alcanza importancia en el mundo contemporáneo es la ley que como hemos dicho se denomina Act or Statute.

Como hemos analizado en el sistema del Common Law; la ley tiene como función corregir o adicionar al propio Common Law y también, como hemos señalado los jueces y juristas norteamericanos exigen la necesidad de una resolución judicial para poder entender el alcance de la propia ley.

QUINTA PARTE COMISIONES ADMINISTRATIVAS.

I. – CODE

El primer método de control es lo que en Estados Unidos recibe el nombre de Code en esta hipótesis la actividad económica se regula a sí misma; es un acuerdo de caballero, generalmente tomó la forma de normas éticas aprobada por un grupo de actores en la economía. La regulación solamente entrega un medio moral pero no existe una coerción física para forzar a los contendientes a dar cumplimiento a la palabra dada, en ocasiones estos códigos o los acuerdos de grupo no toman en cuenta sino su propio interés; y en el mejor de los casos aun cuando acuerden con los representantes de los consumidores no siempre los intereses de estos últimos son tomados en cuenta.

II. – INVESTIGACIÓN y PUBLICIDAD

Se supone en los Estados Unidos, al contrario de lo que acontece en México, el Poder Legislativo lleva una vida activa como veremos al final de este capítulo desembocó con la creación de cuerpos legislativos a través de un Derecho legislado. Como uno de los antecedentes de estas instituciones administrativas se encuentra la investigación, que generalmente realiza el Senado, puesto que en éste se encuentran representados la

totalidad de los estados. En otras palabras, cuando una empresa o un grupo de ellas obtenga un excesivo lucro por procedimientos contrarios al libre mercado, el Poder Legislativo investigará y publicará los resultados. Casi siempre la sola publicación permite que la opinión pública exija a la empresa la rectificación correspondiente.

III. FRANQUICIAS y LICENCIAS

Históricamente es el tercer método de control de la empresa, pues la franquicia consiste en la concesión por un gobierno de un privilegio a un individuo o corporación, privilegio que depende exclusivamente del Estado. La posibilidad para la constitución de una corporación es una franquicia ya través de ella puede exigirse a las empresas el cumplimiento mínimo de una serie de requisitos. Por esa razón íntimamente vinculada con la franquicia se encuentra el permiso o licencia que fue definido como una "autorización para realizar actos que de otro modo serían contrarios a la legalidad. La serie de requisitos que se imponen tienen por objeto defender el interés público; pero surge una desventaja puesto que, autorizada la licencia o franquicia no hay sino una esporádica posibilidad de observar si continúa el cumplimiento de los requisitos, por esa razón se ha elaborado un cuarto sistema, o sea la inspección.

IV. INSPECCIÓN

Puede considerarse que este es uno de los caminos más antiguos que se hayan ideado para vigilar a las empresas.

La inspección implica un examen y una evaluación y en ocasiones viene precedida de una licencia; sin embargo conocemos los defectos de este método puesto que exige un alud de personal, con la posibilidad de que desembogue en una corrupción.

V. DECISIONES JUDICIALES

Podría a través de una acción ejercitada por el gobierno central o los gobiernos locales lograrse una intervención pública en la empresa a través de las decisiones judiciales pero este es un método sumamente costoso, lento e impreciso en las materias técnicas. El precio de la maquinaria judicial en cuanto a esfuerzos, es un método sumamente elevado y generalmente el tiempo que se exige para ventilar el juicio es destructivo. Ya no digamos que aun cuando los jueces sean peritos en el Derecho, no lo son en materias técnicas y requieren de auxilios que producen una mayor lentitud. Por esta razón podemos decir que se ha desembocado en una creación y legislación de comisiones administrativas.

VI. LEGISLACIÓN Y COMISIONES ADMINISTRATIVAS

Dado el avance y amplio desarrollo de la empresa en los Estados Unidos se pensó en el siglo pasado en la necesidad de que, cualquiera que fuera la supervisión, ésta debe quedar en manos de peritos y expertos eficientes.

Por esa razón las medidas legislativas del Congreso crearon agencias o comisiones que de acuerdo con la especialidad de la materia tuviera los poderes suficientes para exigir a las empresas un precio justo, una calidad razonable, una rapidez en el servicio y en una palabra, una eficiencia.

El Legislativo dictó leyes para crear esos cuerpos. Para proteger el interés público requieren tener un poder para reglamentar su desarrollo; una coercibilidad para exigir el cumplimiento de sus disposiciones y la posibilidad de que se prepare la solución de un posible conflicto entre empresas, entre consumidores y empresas y entre los Estados Unidos entendidos como gobierno central y las propias empresas. Las comisiones o agencias administrativas constituyen una función administrativa mientras que las otras medidas que hemos relatado son actos administrativos, aquí estamos en presencia de funciones. Se entiende por

función la que realiza un instituto con sus propios medios y satisface su desarrollo en forma autónoma.

Se discutió si las agencias administrativas violaban o no el principio de división de poderes, si eran instituciones ultra vires. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos nunca ha sostenido que las agencias sean anticonstitucionales, pues aun cuando parece que el Congreso delega ciertos poderes, en realidad éstos son concretos y buscan el bienestar general.

Koontz y Cable, mencionan la interesantísima resolución de la Suprema Corte de Justicia en United States, v. Crumaud vs. 1911: "La autoridad para hacer reglas administrativas no es una delegación del Poder Legislativo, ni tales reglas de carácter administrativo adquieren carácter legislativo, pues la violación de las mismas se castiga como delito público." Se requiere fundamentalmente que las comisiones administrativas tengan pericia y eficiencia. Los constitucionalistas norteamericanos invocan la teoría de la delegación para apologetizar por las propias comisiones.

Existe un principio de que un delegado no puede delegar (delegatus non potest delegare). El Congreso se forma por delegados del pueblo y podría pensarse que habría una excesiva delegación en la creación de las comisiones, Sin embargo resuelven que no se viola la teoría de la delegación porque los poderes que se entregan a la comisión son lo suficientemente concretos para pensar que hubiera una violación de la delegación.

LIBRO SEGUNDO

EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

PRIMERA PARTE

EL DERECHO ANGLOAMERICANO

EL DERECHO ANGLOAMERICANO

El sistema de Derecho comparado de René David, partiendo de nuestro Derecho científico, formula cuadros del Common Law que, inspirándose en el influjo de nuestra mentalidad latina, distingue entre Derecho inglés y Derecho norteamericano y elabora alrededor de estos dos derechos un análisis histórico, categorial y de fuentes de derechos, El estudio resulta altamente atractivo, pero es ajeno a las concepciones que los juristas del Common Law de ambas masas continentales tienen, Por una parte los especialistas de Derecho no suelen distinguir entre Derecho inglés y Derecho norteamericano, sino que hablan de un Derecho angloamericano del Common Law. Un conocimiento siquiera elemental debe darnos una idea del common law en procedimiento y del Common Law codificado.

a) La historia del Common Law

En primer lugar es necesario pensar qué cosa se entiende por historia del Derecho.

Si nos preguntáramos cuál es la historia del Derecho mosaico tendríamos que remontarnos al Derecho babilónico, y de éste al Derecho egipcio. Las penumbras del tiempo nos presentarían de improviso en el año 3000 antes de Cristo a seres pensantes que elaboran reglas de ética y de conducta socialmente civilizada; del mismo modo la historia del Common Law tendría que remontarnos no sólo a la época de la conquista normanda, en el año de 1066, sino aun a las costumbres que las siete tribus que constituyeron Inglaterra, llevaban cuando invadieron la isla. Es más, tendríamos que remontarnos a la época de Ulises y su trato ibérico,

entendiéndose por tal a las invasiones habidas en Europa antes de las invasiones históricas. Las oleadas de movimientos migratorios anteriores a toda noción histórica pueden considerarse como la prehistoria de los

continentes y abarca el paleolítico y el neolítico, pero de ellos no tenemos más noticia que los vestigios de lascas y nódulos o basureros prehistóricos. Los antropólogos suelen denominar a esta invasión con el nombre genérico de arios e invasión ibérica.

Este análisis arcaico no nos conduciría a una verdadera producción científica puesto que en él todo sería hipótesis.

La historia del Derecho principia, al decir de Kempin, cuando la profesión de especialistas en Derecho es distinta de las otras actividades y esto al decir de él ocurriría en los principios del siglo XIII, esto es, en la época de la Carta Magna, sin que sea importante la carta sino la existencia de profesionistas que revela el documento.

La historia del Derecho no consiste en una descripción pormenorizada de lo que los profesionistas han hecho. Pues este ejercicio nos invadiría de un alud de casos, muchos de ellos similares.

Si la historia de una guerra consistiera en el análisis de los sufrimientos singulares, no avanzaríamos nada si no damos a conocer cuáles son las principales acciones heroicas que dan acento al desarrollo de la guerra.

De la misma manera la historia del Derecho solamente relata los acontecimientos sobresalientes bien sea en conceptos, en doctrinas o reglas que revelen esfuerzo heroico de la conducción de su desarrollo.

Los objetivos que se buscan en las leyes, en los cuerpos de Derecho, esto es, en los libros especializados y en el resumen de casos, son interesantes cuando revelan un objetivo de claro desarrollo de lo humano, una búsqueda de una particular prudencia en la solución de los conflictos que la raza humana tiene.

b) La clasificación de las acciones en el Common Law. Desde el punto de vista del Common Law, se clasifican en cuatro grandes grupos siendo el primero el que abarca las acciones de trespass que tienen por objeto reclamar una suma por daños y perjuicios; el segundo grupo se integra por las acciones on debt para reclamar las deudas; el tercer grupo las acciones of detinue para reclamar la posesión de bienes muebles y, finalmente, un cuarto grupo denominado utrum of rights, relativos al dominio de bienes inmuebles.

Recuérdese que la denominación de las acciones se diría en latín actio y los tribunales de Westminster las denominaron writs.

Respecto del primer grupo o sea el trespass la palabra significa equivocación o wrong y fue usada para denominar diferentes tipos de acciones que envuelven equivocaciones tortuosas.⁷⁹ Las acciones que se refieren a la propiedad inmueble, denominadas covenant no se consideraban tortuosas porque no se fundaban en una injuria hecha al autor.

En relación con estas acciones de trespass con el paso del tiempo se hizo la distinción entre nominadas e innominadas.

Las injurias hechas a la persona se llamaron vi et armis, las relativas a bienes inmuebles, se llamaron quare clausum fregit y las relacionadas con efectos se llamaron, de bonis asportatis.

Las restantes acciones de trespass fueron innominadas y por esa razón suelen calificarse como acciones de trespass on the case en donde la expresión significa que la acción no se fundó en una forma pero refleja hechos verdaderos.

Dentro de este primer grupo el trespass se extendió también al trover o trover and convertio¹¹ para reclamar los daños y perjuicios que resultan de la privación de un bien mueble que tenga el propietario o simple poseedor. El demandado tiene una detentación ilegal de la propiedad, teóricamente, pero de hecho

detenta ilegalmente la propiedad del acto para su uso.

El primer grupo comprende, además, la acción de code en donde la palabra significa acuerdo de voluntades y el ulrit se concede para demandar daños y perjuicios por el incumplimiento de un acto solemne hecho bajo sello (under seal). Un contrato bajo sello es el que está con un símbolo adoptado que identifica a la persona y puede ser instru-mento escrito, un anillo cuando estos anillos eran indivi-dualmente hechos o una figura impresa que se colocaba en lugar de la firma.

El segundo grupo de acciones como hemos dicho son actio on, debt, se fundan en que una persona deberá pagar el precio convenido cuando recibe el requerimiento respecti-vo, abarca la actio of account y la actio of gene1-al assumpsit, para la rendición de cuentas y; en el segundo caso para dar cumplimiento a una promesa creada o impuesta por la ley, respectivamente.

El tercer grupo de acciones, o llIritS hemos dicho que se denominan actio of detinue y se utilizaba para reclamar la posesión de un mueble indebidamente retenido por el demandado y abarcando la actio of the replelJing, para recu-perar la posesión de un objeto conservado ilícitamente por el demandado.

El cuarto grupo hemos dicho que se denomina writs of rights y hace referencia a la reivindicación del dominio de tierras comprendiendo además otros dos writs, a saber el writ in the nature of writ y el writ of assize según se pefiera al usufructo o a diversas acciones posesorias,

La primera serie de Restatements tomó alrededor de veinte años para ser concluidas, cubriendo los tópicos relativos a contratos, propiedades, daños en resoluciones judiciales e incluyendo además los problemas de mandatos, conflictos de leyes, restitución, seguridad y trusts,. cada compilación fue supervisada por un eminente académico denominado el relator. Se principió la segunda serie de Restatements con los reportes de 1952, y las notas que fueron publicadas después de cada sección (en apéndices de volúmenes, sobre mandatos, daños y fideicomisos) .La tercera serie empezó en 1987, con el Common Law sobre relaciones internaciona-les, seguidas por el Trusts Restatements en 1992.

La recepción de todos los Restatements ha variado de campo a campo, con algunos comentarios críticos de la ALI, señalando qué es lo que el Common Law debía de esta-blecer. En general después de todo, las Cortes han fundado la enseñanza en algunos valores citando las compilaciones por ejemplo en 1989 alrededor de ciento siete mil oca-siones.

Los abogados encuentran en el Restatements un uso práctico y una visión del área doctrinal así como casos que señalan las notas específicas del Common Law.

Hoy en día los Restatements se dividen en capítluoS cada uno de los cuales cubre un mayor aspecto del tópico.

Los capítulos son divididos en tópicos, títulos, y final-mente en numerosas y continuas secciones. Las secciones de los textos legales corresponden a nuestros artículos del sistema romano-germánico.

Cada sección empieza con la sustancia de la compilación de la regla legal o principios. Ulla explicación cimienta con ilustraciones las reglas de aplicación de varias situaciones. Las notas dc los relatores que han informado dc los antecc-dentes y citación de los casos, leyes y materiales secundarios, concluye el resumen. Un volumen de apéndice incluye las notas que describen las citas judiciales del Restatements.

II. LAS FUENTES DEL COMMON LAW EN ESTADOS UNIDOS

1. Decisiones judiciales

a) En general

Me permito hacer la observación fundamental en la exposición bajo este rubro y siguiendo la obra de Clark, Introduction to the Law of United States que se tiene citada.

René David sostiene la importancia de la fuente del Derecho Natural; así como la de la Judicial Decision y el Statute or Act El análisis de las fuentes en el Derecho actual ha sido expuesta por Clark 184 entre otros autores, dicha exposición la hemos abreviado y traducido libremente en los siguientes párrafos.

La primera decisión fue publicada en 1789. En las primeras décadas de la República, compiladores privados han agrupado las decisiones (muchas veces con sus propias notas) formulando un resumen de los argumentos orales y algunas veces añaden algún análisis. Para poner más orden tanto el aspecto federal como en el local se exigieron los reportes oficiales pero éstos fueron sólo lentamente l- esu- midos en el siglo XIX. En 1876, John West en Minnesota, principió un sistema de sumarios privados que al final de la década se propagó más allá de Minnesota abarcando las decisiones agrupados de diversos Estados. Alrededor de 1880, siete resúmenes regionales constituyeron un sistema nacio- nal que actualmente es tan efectivo en velocidad y exactitud que veintidós estados, aún hoy no necesitan un reporte oficial. West añade numerosos casos con cabeza de notas que indi- can una particular subdivisión de un tópico leg" al resumien- do la discusión leg" al de la Corte. Este método esquem, ltico llegó a ser un mecanismo importante para los " lbogados en búsqueda del caso. Alrededor de 1910 existíall 8,200 volltme- nes privados y oficiales de casos del Common l- arv americano.

La mayor innovación se reporta en el siglo xx con la introducción del sistema de resumen legal computarizado en 1970 por dos entidades comerciales. La publicación de West recibe el nombre de West Law y la de Mead Data Central's se denomina Lexis, contiene todo el texto de las opiniopes judiciales. Los abogados tienen acceso a la información con sus computadoras personales ya base del sistema de Internet. En la actualidad al decir de Clark el número acumulado de decisiones judiciales llegan a 3, 750,000 con 123,000 casos que se añaden anualmente.

b) Decisiones de las cortes federales

Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia son pu- blicadas en cinco series competitivas: 1) United States Reports (edición oficial) que se presenta alrededor de dos años después de que la decisión es pronunciada; 2) West Supreme Court Reporte1; que es programada pocas semanas después de que la decisión se pronuncia y publicada anualmente en un volumen (en la actualidad suplementos A y B); 3) United States Supreme Courts Reporte Law Week Edition (publicado por Lawyers Corporation) hace aparecer resúmenes avanzados de los casos con notas; 4) United States Law Week (publicado por el Buró de Negocios Nacionales) y que es remitido sema- nalmente en entregas sueltas, y 5) United States Supreme Court, boletín publicado por la Casa de Comercio que aparece semanalmente. West Law y Lexis hacen que las opiniones de la Suprema Corte se conozcan un día después de que han sido emitidas. West Publishing Corporation publica también las decisiones de las cortes federales inferiores. El Federal Reporter que se inició en 1980 aún hoy da a conocer las opiniones de apelación. El Federal Supplemerit, que se inició en 1982 publica alrededor del diez por ciento de las deci- siones de las cortes de distrito. En 1988 cincuenta y cinco nuevos volúmenes fueron añadidos a las dos series de resúmenes. West ha tratado lentamente de expandir dos series de publicaciones especializadas analizando tópicos de los casos como Federal Rules Decisions (creada en 1940 con opi- niones sobre las Federal Rules of Civil Procedure o el Federal Rules of Criminal Procedure o el Bankruptcy Reporter que se inició en 1980).

Examinémoslos: el primer poder es el de realizar con- cretamente los detalles de la legislación a la luz del Common Law. La realización de los detalles de un derecho delegado sólo puede hacerse mediante decisiones judiciales, es decir, escuchando a los interesados, por lo tanto el poder denomi- nado rule- rnaking, es tan concreto como los casos en que se presenta.

En segundo lugar el Congreso autoriza a los funcionarios de la agencia a hacer coercibles las reglas, emitidas por la propia agencia. Por ejemplo la Federal Aviation Administration da ciertas reglas para la seguridad de los viajes aéreos y éstas deben ser obedecidas para bienestar del público. Por último, el poder de resolver los conflictos recibe el nombre de administrative adjudication, porque si se violasen las reglas dadas, las empresas incurrirían en responsabilidad y son sancionadas por la propia comisión, escuchando a los propios interesados.

De todo esto resultan dos consecuencias, siendo la primera que como tanto los poderes legislativos, como los ejecutivos y judiciales, de las comisiones, escuchan a los interesados y proveen sobre la posibilidad de aportar juicios periciales, las agencias han sido consideradas, como un quasi judicial; en segundo término las agencias administrativas son en realidad una aplicación de los principios de la Carta Magna después reproducidos en los Bill of Rights, o sea una aplicación del principio de que nadie puede ser privado de su vida, libertad y de sus propiedades sino mediante un proceso que escuche a las partes.

Se considera en un país libre, como son los Estados Unidos que las empresas pertenecen a los particulares. No se ve cual pueda ser el fundamento para que las empresas pertenezcan al Estado.

En conclusión podemos afirmar que habiéndose creado comisiones en las que los funcionarios tienen las funciones de comisarios o vigilantes, la creación de una comisión administrativa va precedida o acompañada de una ley o acto por consecuencia las comisiones son creaciones del poder Legislativo y como resuelven escuchando a los interesados puede decirse que no sólo realizan actos administrativos, sino una verdadera función administrativa, entendiéndose por tal aquella en que la institución por sí misma tiene los medios adecuados para resolver los problemas que se le plantean.

VII. EL CARÁCTER MIXTO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS

La regulación administrativa constituye un tinte de regulación mixta porque el objetivo de una agencia es hacer cumplir la ley según se encuentre; regulada por la legislación y por esa razón actúa como cuerpo ejecutivo; pero tiene como función regular los últimos extremos a los que podría llegar una planeación, tiene por lo tanto funciones cuasi legislativas, mas éstas incluso, se resuelven en forma de juicio por lo que la doctrina norteamericana considera a las agencias como un poder casi judicial (quasi judicial power). Esto no significa que las agencias sean absolutas, de ninguna manera, sus resoluciones pueden ser apeladas; en la organización judicial de los Estados Unidos; la apelación si es federal se ventila ante la Court of Appeal, si fuese local se ventilaría ante las cortes de apelación de cada Estado.

VIII. HISTORIA DE LAS AGENCIAS

Los autores sostienen que el origen de las comisiones administrativas se encuentra en un conflicto surgido entre yankees y sureños. Al triunfo de la Guerra de Secesión los estados del norte tuvieron un amplísimo desarrollo técnico y llenaron a todos los Estados Unidos de comunicaciones ferroviarias. En 1883, los sureños se quejaron del servicio ferroviario y le inculparon de un desastre agrícola que habían tenido, alegando que los servicios no les eran proporcionados en forma igualitaria. Se formó entonces la primera comisión que se denominó en inglés Interstate Commerce Commission, que podríamos traducir como Comisión de Comercio Interestatal. Conforme a ésta se establecerían las reglas para el funcionamiento correcto de los servicios y darían trato igual a los estados del Sur. La ley fue dictada hasta 1887, y como veremos la agencia administrativa es la que mayor experiencia ha tenido en el trato de estos asuntos administrativos.²⁵⁹ Extendió su campo a través de una interpretación amplísima de la Suprema Corte de justicia, a diversas actividades como veremos más tarde. Esto produjo una amplia y variada jurisprudencia que entiende la palabra comercio no sólo en el estricto sentido de intercambio entre producción y consumo sino en el mayor, abarcando no sólo el intercambio sino las instalaciones del mismo. Principió por regular el sistema ferroviario terrestre, pero más tarde se extiende al sistema de transporte marítimo en las vías interfluviales y lacustres. Un poco después la Corte interpreta la palabra comercio, abarcando no sólo el

sistema ferroviario sino también las instalaciones del mismo incluyéndose después el sistema automotor y las carreteras federales. Se dijo entonces que la interpretación no podría ir más allá, de manera que tendría que buscarse un límite racional.

La segunda comisión es la comisión que regula la libre competencia y fue creada en 1914, bajo el nombre de Federal Trade Commission. Será objeto de alguna reflexión en párrafos posteriores, y su desenvolvimiento ha sido muy importante pues está destinada a cuidar la libre competencia entre las empresas.

Ese mismo año se creó la Federal Reserve Board, con poderes sobre la política bancaria central y la práctica de Banca Nacional.

Sobresalen así mismo la Comisión Federal de Energía (Federal Power Commission) creada antes de la Segunda Guerra. En la actualidad (1995) la agencia ha sido abolida y muchas de sus funciones fueron transferidas a la recientemente creada Surface Transportation Board, que pertenece al Departamento de Transportation, acorde a lo que apunta la United States Government Manual, 1997/98, publicado por Office of the Federal Register National Archives and Records Administration, Washington, D. C., 1997.

IX. RAZONES DE LA EXISTENCIA DE LAS AGENCIAS

Tradicionalmente se mencionan tres, siendo la primera que a través de las comisiones puede realizarse una re-regulación administrativa que proteja los intereses del público, sin que exista una carga pesada de la intervención judicial. Esto no significa que si la resolución de la agencia administrativa fuese contraria a la razón y la técnica, no pueda apelarse ante las cortes.

La segunda razón se encuentra en la supervisión continua que realizan, pues hemos visto que ninguno de los actos administrativos satisface con amplitud esta regulación constante; por el contrario los actos administrativos son una regulación esporádica.

A través de las comisiones administrativas es posible observar el desarrollo de las empresas y hacer en la misma las observaciones conducentes. Finalmente, el último razonamiento de la creación de estas comisiones, se encuentra en que tanto los preparativos de su servicio como un desarrollo se encuentran vigilados por técnicos especialistas en la materia.

Por supuesto que esto significará que no deben colocarse a personas a las cuales se les debe un crédito político. Pagar las deudas políticas mediante un puesto burocrático sería el fin de la comisión, ésta debe estar en manos de técnicos.

La revisión judicial de las labores administrativas significa que la justicia no únicamente se entiende aplicada al campo civil y penal sino, especialmente, al campo administrativo. En este sentido las comisiones administrativas de los Estados Unidos funcionan como funcionó el ramo administrativo en la Nueva España, en el México de entonces, las labores del virrey, del alcalde y regidores se realizaban en forma de juicio, es decir en un primer plano realizaban la actividad administrativa por personas preparadas en ese plano, pero siempre existía la revisión judicial, es decir, la posibilidad de reexaminar, o revisar lo resuelto por la actividad administrativa a través de un juicio.

En los Estados Unidos las resoluciones de las agencias administrativas son revisadas judicialmente. Especialmente los tribunales revisan si en el proceso se recibieron las pruebas aportadas por las partes y los criterios alegados por ellas.

La comisión administrativa que, como hemos dicho es una quasi judicial power; admite un segundo examen del proceso por medio de la revisión judicial pero en este caso la revisión opera con los elementos técnicos ya efectuados, es decir no se ventila ante el Poder Judicial el examen técnico del manejo de los servicios, ya

que éste ha sido desahogado, ante la propia comisión.

La circunstancia de que existan agencias administrativas creadas por el Poder Legislativo y que tienen una autonomía similar a la del Poder Judicial, puesto que operan como comisarios no significa que el gobierno no tenga una participación en ayudas públicas en el manejo de políticas e impuestos y en la propiedad pública. Aun cuando los Estados Unidos tienden a un libre comercio y de esto apoligetizan través de la suscripción de acuerdo a los Tratados de Libre Comercio, esto no significa que desde antiguo no intervengan en la economía.

La intervención acaece en tres cuestiones, siendo la primera que se puede plantear una ayuda a los sectores desprotegidos sólo de modo extraordinario y así es enfocado a servicios como la agricultura pues, como hemos visto, el poder federal tiene un poder implícito fundado en el poder del bienestar general de los Estados Unidos.

En segundo término la política impeditiva puede obedecer a un auxilio a determinado sector económico, pero se entiende por sector económico el sector industrial, el ganadero o el silvícola. Los impuestos pueden obedecer a una política de auxilio.

Finalmente en ocasiones extraordinarias, el gobierno y especialmente el gobierno federal tiene propiedad pública, pero en este caso, esta propiedad es subsidiaria pues no altera el manejo del mercado.

Si un negocio se coloca en manos del gobierno sólo se justifica por la ineficacia o improcedencia de la dirección privada que es impulsada de un modo manifiesto.

En este caso no opera como competidor de los particulares.

X. TIPOS DE CONTROL

Puede decirse que los tipos de control obedecen al desarrollo de un proceso económico: este proceso tiene diversas etapas que podríamos llamar proceso inicial, de desarrollo y terminal, es el proceso inicial.

Debe verse en primer término la entrada al servicio, la naturaleza de los productos y el precio razonable.

En el desarrollo del proceso debe analizarse la financiación, la discriminación de precios y servicios, la restricción del comercio y las prácticas indebidas. El proceso criminal debe aplicarse al abandono del servicio.

En la entrada al servicio, la agencia administrativa tiene la mejor oportunidad de exigir el cumplimiento de los requisitos que requiera la técnica para entregar un servicio adecuado al público. En principio podría pensarse que se trata de evitar la formación de monopolios pero no tienen elpacho en admitir el monopolio cuando éste se adecua a las necesidades del consumidor.

El segundo tipo de control tiende a garantizar la naturaleza de los productos. Esto implica la necesidad de que los alimentos se entreguen en condiciones de salud. Se protege al consumidor en contra de productos adulterados, y en materia crediticia se regula la honestidad de la emisión de valores.

Vinculados con los anteriores se encuentra un tercer tipo que es el precio razonable. El precio se analiza después de estudiar la situación financiera de una empresa, no se pretende inmiscuir en la libertad de la empresa. Una sana política de precios razonables, toma en cuenta no sólo lo invertido sino también la regulación de salarios, interés bancarios y precios de seguros.

Desarrollada en la segunda etapa tenemos la financiación de las empresas. Es obvio que el empresario

buscará su financiamiento y en algunos casos las agencias administrativas buscan una financiación honesta para ponerla al servicio de la empresa.

La quinta forma de control es la discriminación de precios y servicios. En este caso algunas empresas solicitan y se les concede la posibilidad de aumentar los precios en función de una venta de productos de mejor calidad para zonas exclusivas. Es decir que en los Estados Unidos se maneja la democracia, entendida como libertad de la empresa pero una vez que ésta se ha constituido se puede autorizar a la empresa para que elabore una política de discriminación en regiones exclusivas a las que se tendrá acceso si se tiene dinero suficiente.

Finalmente como veremos, en el desarrollo de la empresa se impiden prácticas incorrectas, y en este caso se busca impedir que las prácticas reduzcan injustamente la libertad de empresa. Fundamentalmente se consideran prácticas incorrectas laborales, aquellas en que los patrones obstaculicen el principio de autorregulación y contratos colectivos de los trabajadores.

Proceso final. En la etapa final las agencias administrativas regulan la terminación de los servicios. A este respecto se combate el abandono del servicio puesto que no puede un empresario abandonar el servicio que ha dado si no satisface determinados requisitos que signifiquen una garantía para el público. En la fase terminal debe observarse que los servicios de gobierno tales como la construcción de carreteras y canales, el fomento de la Marina y comercio exterior, y pesas y medidas se ponen al servicio de los empresarios. La idea central es otorgar un panorama adecuado al empresario por medio de un sistema monetario firme, una regulación de las patentes y derechos de autor y marcas de fábrica, y un posible auxilio de las empresas en caso de bancarrota; transporte de fletes, transportación fluvial, transportación de petróleo, transportación de agencias, y agencia exprés. Como la regulación abarca diversos tipos de transportación exige la presentación de programas al público, incluyendo los precios adecuados y las garantías.

Examinando las fallas y sus procedimientos, muy brevemente expuestos puede decirse que SOL los siguientes: en primer término se regulan los servicios prestados y las tarifas cobradas, es lógico pensar que las empresas de transportación, especialmente las ferroviarias tiendan al monopolio; en la actualidad no se considera que estos monopolios afecten el interés público un servicio y cobren un precio razonable.

La comisión está compuesta por un número de miembros designados por el Ejecutivo y aprobado por el Senado, en los altos puestos se augura una cierta inamovilidad y se está sujeto a una revisión judicial y no al veto del Ejecutivo.

Se toman en cuenta las tarifas, la entrada en actividad, la disponibilidad y seguridad del servicio basándose en las prácticas financieras y métodos contables. La exigencia de la contabilidad de las operaciones financieras es fundamental pues sólo así puede mantenerse el crédito de las compañías, y puede atraerse nuevo capital. El control de la contabilidad requiere un conocimiento preciso para regular eficazmente los servicios, por esa razón se exigen revisiones periódicas.

La regulación de las tarifas presenta diversos aspectos uno es el control de un nivel y otro el de su estructura: el nivel depende del primer nivel, y la comisión trata de alcanzar un punto equitativo entre los objetivos de los inversores y los precios razonables para los consumidores. El nivel de tarifas debe ser lo suficientemente elevado para cubrir los costos corrientes y para proporcionar un rendimiento proporcionado a la inversión! La regla fundamental es que el rendimiento debe alcanzar niveles justos de suerte que no exista deterioro a la propiedad y debe ser elevado de manera que atraiga crédito. El control del nivel de las tarifas tiene tres etapas procesales, se toman en consideración los gastos de explotación; en segundo lugar se determina el tipo de rendimiento de la inversión que se estima justo y adecuado, y, en tercer lugar es preciso considerar el valor de las propiedades invertidas estimando los costos de formación o montaje y teniendo en cuenta la depreciación.

La base jurídica del control de las tarifas se encuentra en las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución; que sostienen el debido proceso, escuchando a los interesados.

XI. ANÁLISIS CONCRETO DE LAS COMISIONES MÁS IMPORTANTES

Examinemos tres de las comisiones administrativas primeramente mencionadas que considero podrían ser útiles

al sistema romano-germánico, siendo la primera:

Al respecto el estudioso tiene que observar, primeramente cómo esta Comisión de Comercio Interestatal ha desarrollado a través de decisiones judiciales de la Suprema Corte el concepto de comercio; en segtmdo lugar analiza-remos el alcance de la ley elaborada al respecto y visto que existen dos jurisdicciones, la jurisdicción federal que se compone con poderes delegados y que, por consecuencia es, en principio, excepcional y la jurisdicción local, que tiene en su seno el Derecho común y que, por consecuen-cia, es una jurisdicción originaria. En contraste Inglaterra siempre conservó una unidad en su jurisdicción y desde el punto de vista constitucional mantiene un parlametaris-mo. En su vida interna distingue entre la jurisdicción del Common Law y la equity, pero esto no hace que el Derecho sea distinto en cada uno de estos campos, la unidad del derecho en Inglaterra está tradicionalmente vívida.

Los juristas norteamericanos han elaborado desde el punto de vista práctico, un conjunto de conocimientos jurídicos que presuponen y derivan del comercio interestatal e internacional. El artículo uno de la Constitución de los Estados Unidos en su sección octava seliala como poderes delegados entre otros los derivados del comercio interestatal e internacional.

a) Los presupuestos de comercio en el Derecho angloamericano.

Los presupuestos y las consecuencias que se derivan de este comercio, tradicionalmente se enseñan bajo el título de Business Law que podríamos traducir como Derecho común que surge de la práctica del comercio. No existe tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano una distinción entre el Derecho civil y el mercantil. En Estados Unidos, el Business Lalv se entiellde como un conjunto de prácticas en el Common Law y en la equity que se aplican a los presupuestos del comercio.

Tradicionalmente podríamos decir que bajo el título de Business Laul se manejan cuatro unidades, la primera de pre-supuesto esencial y las otras de consecuencias derivadas de las prácticas mercantiles; el presupuesto es el contrato, el desarrollo del derecho relativo al comercio abarcaría los convenios comerciales (commercial transaction), la organi-zación de la empresa (business organization) y por último la propiedad.

En este estudio pretendo combinar tanto los resultados sobre estas cuatro materias que se han elaborado en el Derecho inglés, como las diferencias que el sistema norte-americano ha se11alado en el curso de su comercio, tanto federal como local. A este respecto tenemos que tomar en consideración el Unifome Comercial Code que obviamente es un convenio que la mayoría de los estados que compone la Federación norteamericana, al decir de Leroy Miller y jentz ha sido aceptado incluyendo Louisiana que ha adoptado algunos artículos de los once que compone el convenio y que proviene del ailo de 1957.

En resumen se protege a los inversionistas con beneficios adecuados. La mayoría de los casos presentados a los tribu-nales, no se refieren a los precios justos, sino a los medios necesarios para determinar el precio justo, las resoluciones han sido en el sentido de que las propiedades debían de valOral-Se no sólo sobre la base del costo de adquisición sino sobre la base del costo de reposición. Por último, en el análisis de la estructura debe tomarse en cuenta que el rendimiento sea suficientemente elevado, de suerte que atraiga nuevo capital y la estructura de las tarifas tiene como objetivo controlar la discriminación entre los

diferentes
consumidores.