

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RECEPCIÓN DEL
DERECHO ROMANO EN EL COMMON LAW**

José Luis Zamora Manzano

Profesor de Derecho Romano.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. RECEPCIÓN Y SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO
- II. RECEPCIÓN EN EL DERECHO INGLÉS
 - 2.1 Los orígenes de la influencia jurídica romana en las Islas Británicas
 - 2.2 El estamento de los juristas y el Common Law
- III. LA RIGIDEZ DEL COMMON LAW Y LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN MEDIANTE LA EQUITY
- IV. CONCLUSIONES Y BREVE REFERENCIA ACTUAL

I. RECEPCIÓN Y SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

El fenómeno de la supervivencia del Derecho Romano esta ligado a la instauración de su estudio universitario en Bolonia, a finales del siglo XI, por el descubrimiento¹ científico de un manuscrito del Digesto. Ello supuso, no sólo la recepción² de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también la incorporación de una técnica de razonamiento jurídico derivado de la casuística romana.

En la penetración de la nueva cultura romanística los que ocupan una posición de preeminencia, son los juristas formados en los centros de estudios universitarios creados por toda Europa, a imitación de Bolonia³. Estos constituían una Jurisprudencia científica vinculada a la universidad que recibió el nombre de Escuela de los glosadores y, eran el instrumento preciso para facilitar el uso y la difusión del *Corpus Iuris*⁴, gracias al tratamiento de los textos que clarificaron mediante glosas. De esta escuela resulta el pensamiento de Derecho Romano, como Derecho del *Imperium Romanum*, y como tal, propio del imperio de Occidente; idea que recoge Placentinus "*Unum esse ius, cum unum sit imperium*"⁵. Esta observación subsiste y es apoyada por los juristas, lo que incide en la fundamentación de las políticas imperialistas Italiana y Alemana durante el medievo. El influjo⁶ de los glosadores y de la tradición romanística se hizo notar por toda Europa; en España, en particular, en las Universidades de Salamanca, Valencia y Lérida, aunque mayor transcendencia gozó la contribución de la tradición romanística sobre la obra de Alfonso X, de las Siete Partidas⁷ (1265) y en los numerosos Fueros como el de Navarra y el de Aragón.

1 KANTOROWICZ, *Die Entstehung d. Digesten vulgata*, ZS 30 (1911), pag. 223 y ss.

2 TORRENT, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Madrid, 1993, p.23 donde señala que el redescubrimiento de la Pandectas en el s. XI no supuso una fractura total con el sistema anterior, si bien existían nuevas condiciones sociales, económicos etc..que inciden en este nuevo movimiento cultural.

3 Es de destacar en esta escuela a Irnerio, Bulgaro, Martino, Hugo y Jacobo. Placentinus, Azon de Ramenghis, Accursio. Este último compiló la llamada Magna Glosa. Sobre este autor vid. BENEDETTO, (.Accursio), N.N.D.I., tomo. I, pag. 178 y ss. Para un estudio técnico del diseño metodológico de la Glosa vid. SAINZ-EZQUERRA F.J., *Tradición romanística y decisión justa*, Anuario de Historia del Derecho Español, T. LXVIII, p.385 y ss.

4 KOSCHAKER, *Europa und das römische recht*, München 1966, pag. 115 y ss.

5 KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of Roman Law*, Cambridge (1938), pag. 181.

6 VINOGRADOFF, *Diritto Romano nell'Europa Medioevale*, (1960), pag. 45. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, 1954, pag. 504 y ss.

7 CASTRO.F., *Derecho Civil de España*, Madrid 1984. pag.143 y ss.

Pero no solo hay que hablar de tradición romanística, ya que de una colección de los *Decretum Gratiani* y los decretales de Gregorio IX, se va a conformar el Derecho Canónico. En la formación del Derecho Canónico (*utrumque ius*), incide un período histórico presidido por un código ético social común, cuya cúspide institucional se encontraba en la Iglesia de Roma. Ello determinó un cambio en el derecho civil construido por los glosadores⁸, lo que supuso la formación de un derecho común romano-canónico. La permeabilidad de esta tradición jurídico-cultural no solo afectó a España sino también a otros países como Francia⁹ en donde el glosador Rogerius difunde la doctrina de esta escuela, al mismo tiempo que Placentius establece durante el siglo XII un centro de estudios jurídicos Romanos en Montpellier. En el siglo XIII surge la escuela jurídica de Orleans¹⁰, a cuyo frente se situaron Jaques de Revigny y Pierre de Belleperche; que van a utilizar el método escolástico. En Paris debido a la existencia de una escuela de Teología, se limitó el estudio del Derecho Romano por una Decretal del Papa Honorio III (1219). En todo caso, no hubo un enfrentamiento entre el ordenamiento jurídico Romano y el poder, ya que las conductas absolutistas y las pretensiones de soberanía que implicaba el poder se fundamentaron en consonancia con el Derecho Romano.

Los glosadores contribuyeron a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianos; pero pronto iba a surgir la dificultad de aplicar estas normas a las necesidades prácticas, debido a la confluencia de otros derechos como el estatutario, el logobardo y el canónico. Había que buscar una simbiosis jurídica en forma de estos elementos, y la misma, vino a ser realizada por los postglosadores¹¹. De esta forma se pudieron superar las dificultades provocadas por el choque del derecho romano con las legislaciones especiales de los distintos municipios italianos.

Dejamos fuera de este estudio las diferentes escuelas o movimientos que se van a suceder en el tiempo (como la de los humanistas¹², iusnaturalistas y otras que provocan el proceso de formación de los derechos nacionales en la edad moderna como la escuela histórica de Savigny s.XVIII, o la de pandectas *usus modernus pandectarum* del s.XIX) para analizar la problemática que plantea el tema de la recepción en

8 FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO J., *Historia del Derecho Romano y su Recepción en Europa*, Madrid Zed. 1997 pag. 221. La preeminente posición política de la Iglesia en Roma en ese período histórico y su organización jerárquicamente centralizada y doctrinalmente unificada desde comienzos del s.XIII contribuyó poderosamente a la difusión europea de la cultura jurídica de la tradición romanística, tanto en la práctica del derecho en los tribunales eclesiásticos como en los centros universitarios de enseñanza, en donde el derecho romano-justiniano se estudiaba junto con el derecho canónico.

9 Vid. GAUDEMET, *Observations générales sur l'influence du Droit romanin en France*, Romanitas, 6-7(1965) pag. 102 y ss.

10 DECLARUIL, *Hist. gen. du droit francais*(1925), pag. 730 y ss. y también MITTEIS, en ZSS(63), pag. 162 y ss.

11 El nacimiento de esta escuela parte de juristas como: Cino Pistoya, Bartolo de Sasoferrato, Baldo de Ubaldi y Giasion de Maino, estos van a convertir el derecho justiniano en el derecho común de toda Europa. Vid. WIEACKER, *Historia...*, op. cit. supra pag. 50 y ss. Así mismo KOSCHAKER, *Europa...*, 87 y ss.

12 Sobre esta escuela y la tendencias del *mos gallicus* vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La suerte del "mos gallicus" en la Francia contemporánea* (1970), pag. 109 y ss.

el derecho inglés, debido a la resistencia inglesa, muy especialmente propiciada por el estamento de juristas, frente al Derecho Romano.

II. RECEPCIÓN EN EL DERECHO INGLÉS

2.1 Los orígenes de la influencia jurídica romana en las Islas Británicas¹³

La situación de aislamiento que sufría Inglaterra produjo el desarrollo de un ordenamiento jurídico en parte conectado y contrapuesto al Derecho Romano; a pesar de esto si existió recepción, aunque su forma de asimilación fue diferente con respecto al resto de Europa.

En el período anterior al año 1000 d.C., coexistían en territorio británico normas de origen germánico, ligadas también a la dominación danesa en la parte oriental de la isla, y normas de derecho romano y canónico, de menor importancia, introducidas en el momento de la cristianización (664 d.C.). A estos derechos y al compendio heterogéneo de normas locales se le va a superponer otro derecho introducido por la conquista normanda¹⁴ en el año 1066; estableciéndose en la misma, la cultura continental, cuyos componentes básicos eran el Derecho Romano y el Canónico. La unidad política de Gran Bretaña, exceptuando Escocia realizada por Guillermo el Conquistador, tuvo como directa consecuencia también la unificación del Derecho. Esta unificación conformó el llamado Derecho Común o *Common Law*, que fue sustituyendo los derechos particulares precedentemente en vigor; tratando de aclarar todo el ámbito jurídico, hasta entonces formado por una normativa amplia y disgregada.

Inglaterra no quedó aislada con respecto al Derecho Romano, a pesar de su escasa romanización, en ello desempeño un papel muy importante la escuela de Bolonia que supuso un nexo sustancial entre los juristas bizantinos autores del *Corpus Iuris* y la tradición europea del Derecho privado.

Un primer precursor encargado de la difusión jurídica de este derecho lo encontramos en Lanfranch¹⁵, íntimamente ligado a la escuela de Pavía, emigró a Normandía, donde estuvo residiendo desde 1042 aproximadamente; pero lo más destacable fue su paso por Inglaterra, en donde llegó a ser nombrado Arzobispo de Canterbury y

13 Abundante bibliografía apunta la génesis y desarrollo del derecho inglés, S.F.C. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969. PATON, *A textbook of Jurisprudence*, Oxford 1972. T.F.C. PLUCKNETT, *A concise History of the Common Law*, London 1956.

14 Casi un siglo después de la conquista normanda, en los tiempos de Enrique II Plantagenet, el reino de Inglaterra se extendía sobre un amplio territorio francés(sobre todo su mitad septentrional). De esta forma se puede explicar la mezcla y unión de las instituciones germánicas y romanistas en el *Common Law* y la doble naturaleza del Derecho consuetudinario Francés. Por ello Francia repite las vicisitudes jurídicas italianas, puesto que allí se encuentra el Derecho Romano junto con la costumbre. En su otra mitad, en cambio prevalece el Derecho consuetudinario introducido por los normandos; quedando recogido en obras como Coutumes du Beavoisis, Grand Coutumier de France, Somme Rurale, que prevalecían sobre el derecho romano.

15 De quien se dice fue *eruditus et in scholis liberalium artium et legum secularium*. KOSCHAKER, *Europa...*, pag.74.

Canciller de Guillermo el Conquistador (1070). A las órdenes de éste último quedó, como colaborador en tareas legislativas, que vinieron influenciadas por el Derecho Romano(dada la formación de éste jurista) provocando la correspondiente difusión en el seno del Consejo Real.

Pero creemos que en la recepción del Derecho Romano ocupó un papel primordial Vacario; éste emigró de Italia en 1143, a instancias del Arzobispo Teobaldo de Canterbury. Una vez en Inglaterra, desempeña tareas docentes en Oxford, donde llegó a fundar una escuela de Derecho y a escribir, una obra destinada a la enseñanza del mismo el *Liber pauperum*, compuesto de nueve libros, intercalados con textos del Digesto y glosas. También Eduardo I llamó a Oxford a Francesco Accursio hijo del Autor de la Magna Glosa. Pero este primer momento de recepción no estuvo exento de dificultades, al igual que había sucedido en Francia, existían una serie de acontecimientos adversos para la permeabilidad del derecho Romano durante esta etapa:

- El Rey Esteban prohíbe a Vacario en el 1151 la enseñanza del Derecho Romano, cierra la escuela de Oxford y también manda el secuestro de libros (*Liber pauperum*).
- Otras reacciones adversas¹⁶ fueron seguidas por Enrique II y III; éste último prohibió la enseñanza del Derecho Romano en Londres¹⁷.
- La animadversión del Derecho Romano, provoca también la declaración de los barones ingleses dada en Merton en el 1236 "*nolumus Angliae leges mutare quae hucusque usitatae sunt et approbate*"; que pretendían dar un voto de confianza a las viejas leyes de Inglaterra, rechazando la introducción en la isla de un sistema de legitimación de los hijos naturales tomado de la tradición romano-canónica.

La resistencia vino protagonizada por el incipiente sector profesional vinculado al *Common Law*, que temía perder su posición privilegiada de monopolio por la concurrencia de juristas de distinta formación, y por la presencia de esa doctrina jurisprudencial, ajena a la que venía siendo aplicada por los tribunales reales.

Esto no frenó el influjo del derecho romano en las islas, así se puede apreciar de las obras de Henry de Bracton (1267) y Ranulph de Glanvill (1187), que llevan el mismo título "*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*", que van a establecer las bases del sistema jurídico inglés. En el resto de Europa no hay nada parecido ya que habrá que esperar un siglo para ver iniciativas similares como la acaeci-

16 Vid. MITTEIS, *Staat des hohen Mittelalters* (1940), pag.174, 181; 333-345 y 376 y ss.

17 Como ha señalado KOSCHAKER,(op. cit. supra. pag. 137-138) la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad derivado de la receptabilidad del sistema jurídico sino más bien un problema de poder, consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el Derecho que se recibe.

da en España, con las siete Partidas. Tanto la obra de Glanvill, como la de Bracton, exponen el derecho inglés vigente en su tiempo, los dos poseen conocimientos de Derecho Romano y especialmente Bracton, Juez Real y clérigo, que conocía la obra de los glosadores y utilizó la *Summa* del código dada por Azo; Así, mientras Glanvill recoge del ordenamiento jurídico romano, las expresiones y términos técnicos, Bracton, utiliza la terminología romana para explicar y aclarar el derecho inglés.

Como ya he señalado anteriormente, hubo una resistencia por parte del pueblo inglés a la penetración del derecho romano, pero la defensa inglesa parte más bien del estamento de juristas y del corporativismo ligado al *Common Law*. Aceptarlo en la forma en que fue establecida por los glosadores y comentaristas, hubiera significado para los ingleses permutar su derecho de juristas por otro también de juristas, lo cual habría significado emprender nuevos estudios o ceder su puesto a juristas formados con este derecho, lo cual podía haber provocado su propia eliminación del sistema jurídico británico.

2.2 El estamento de los juristas y el Common Law

El desarrollo del estamento de los juristas, está relacionado con el fenómeno de la centralización de la justicia en la persona del Rey y en su *Curia Regis* (*King's Counsels*), que revisaba las causas decididas en los tribunales locales. Tras la conquista normanda de Guillermo el Conquistador durante el siglo XI, empieza a surgir la historia del *Common Law*. Desde la primera mitad del s.XII, se produce la formación de tres tribunales importantes a raíz de la especialización de la *Curia Regis*, que conocen según el ámbito de su competencia material; así un *Court of Common Pleas*, es el encargado de aplicar el *Common Law* a los súbditos. El *Court of Exchequers* tribunal encargado de las cuestiones fiscales y el *Court of King's Bench* interviene en los procesos que afectan al Rey o su Administración. De esta forma se constituye una administración de justicia centralizada sobre un sistema feudalista.

En contraposición al derecho eminentemente casuístico de Juristas que constituye el *Common Law*¹⁸, existe un derecho legislado *Statute law*, compuesto por un conjunto de leyes, que se empezaron a promulgar desde la llegada de los reyes normandos, consagrándose un binomio (derecho jurisprudencial-legal) semejante al ocurrido en el derecho romano con el *ius* y *la lex*. Las reformas jurídicas se realizaban dentro del proceso, porque el rey solo se atribuía la facultad de dar justicia¹⁹ y hacer respetar los derechos ya existentes.

Desde tiempos de Enrique II rige el principio: “toda jurisdicción emana de la persona del Rey”; pero la extensión de la potestad judicial viene siendo desempeñada

18 FERNÁNDEZ BARREIRO A., *Presupuestos de una Concepción Jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976 pag. 101.

19 Vid. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di Storia della Giuriprudenza Europea*, II, ed. Torino (1989), pag. 35 y ss; describe el ámbito competencial de los reyes normandos y su carácter excepcional del aplicación.

por Jueces ambulantes, los llamados *iusticiari intinerantes (intinerant justices)*²⁰. Estos son elegidos entre los secretarios del rey, y constituyen auténticos jueces profesionales. Durante el reinado de Eduardo I comienzan a desarrollarse el estamento profesional de juristas (*The legal profession*). Existían ya en esa época los *barristers* encargados de dar asesoramiento jurídico a las partes; éstos recibían sus enseñanzas jurídicas en centros especiales los *Inns of Court*. Junto a los *barristers* nos encontramos a los *attorneys*, que era los representantes de las partes en el proceso; y los que preparaban también todo el material jurídico del litigio. Estos no necesitaban de una formación a cargo de los *Inns of Court* ante el tribunal. Los *attorney* van a quedar absorbidos en el siglo XVIII en otra figura con la que originariamente guardaba correspondencia funcional, los *solicitors*; estos estaban colegiados en una organización que les proporcionaba la formación adecuada, la *Society of gentlemen practisers in the Courts of Law and Equity*. Los encargados de presentar el caso ante el Tribunal eran los *narrator*.

A propuesta de la *Court of Common Pleas*, eran nombrados por el rey los *serjeants at law*, de entre los destacados *barristers*. Los designados al desempeño de la judicatura fueron como ha señalado Koschaker los elementos directivos de la profesión legal.

Podemos observar un carácter corporativo²¹ en la organización de la *legal profession* que comienza en la propia enseñanza impartida en los Centros jurídicos profesionales los *Inns of Courts*, que gozan de influencia directa en la provisión de los cargos a la judicatura (*serjeants*). A partir del siglo XIV se van a ir formando varios centros *Inner Temple, Middle Temple, Gray's Inn y Lincoln's Inn*. Desde sus orígenes hasta nuestros días tuvieron la función de crear un estamento forense y homogéneo en el que los lazos de tradición cultural y de conocimiento personal, crean un hábito entre las distintas generaciones. A estos *Inns* se remonta, la autonomía del Derecho en Inglaterra; así la enseñanza del vigente *Common Law* (derecho consuetudinario judicial y autónomo que nace del comportamiento de los jueces) era desempeñada por los *readers* (docentes), los cuales llevaban a cabo la enseñanza de este derecho alejado e independiente del estudio del ordenamiento jurídico romano y canónico, que si se daba en las Universidades. Fueron estas causas las que determinaron el recelo por salvaguardar el honor profesional; y así este estamento de juristas supo mantener su prestigio e independencia.

El éxito de la defensa inglesa contra la invasión del derecho romano se debe exclusivamente al estamento del jurista²² y a su interés corporativo²³, en cuyo seno

20 PLUKNETT, *The place of the legal professions in the history of English law*, publicado en the law quarterly review, 1932, pag. 332 y ss.

21 Los *barristers* obtenían cuantiosos ingresos en su práctica profesional. Ello junto con el hecho de que la formación en los *Inns* quedaba reservada para las clases más elevadas, determina una independencia del estamento de juristas en base a criterios timocráticos.

22 FERNÁNDEZ BARREIRO, *Derecho Romano y Codificación*, Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Granada 1995, pag. 97 y ss.

23 Vid. LOSANO G. M., *Il grande Sistema Giuridici*, trad. esp. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid 1993, pag. 166 y ss. KOSCHAKER, op. cit. supra pag. 215 y ss.

se fue forjando un derecho de juristas, el *Common Law*. La jurisdicción centralizada permitía el conocimiento de cualquier asunto planteado ante Lord Local del territorio donde se suscitara la controversia; mediante el *summons* o citación se redactaba el acta que abre el procedimiento ante el tribunal del condado.

El núcleo y coordinación del proceso centralizado se conseguía gracias a los *Writ*, documentos redactados en nombre del rey que podían ser de dos tipos, uno dirigido al juez local a fin de que el ciudadano realizase alguna acción o se presentase ante la Corte de Westminster para justificar su incumplimiento²⁴; y otro tipo era aquel que contenía la orden de juzgar al Lord local. Estos documentos eran redactados en la cancillería real y contenían además las fórmulas procesales y acciones que podían ser utilizadas por las partes, en este sentido encontramos un cierto paralelismo entre las acciones del proceso romano y los *Writ*²⁵. De hecho se van a ir creando nuevos tipos de *Writs* para tutelar acciones diferentes como el *Writ of debt, of Summons, of Entry, of Gage*, o incluso uno de carácter trascendental *The Great Writ of liberty*. Éste último es muy importante ya que es el precedente histórico de una institución procesal, trascendental en nuestros días como es el *Habeas Corpus*²⁶; pero a su vez también existe un antecedente histórico al *Writ of liberty* inglés que lo podemos encontrar en el Derecho Romano "*homine libero exhibendo*", en la que el pretor obligaba a exhibir al hombre que era retenido injustamente²⁸.

Existe un paralelismo entre el sistema de acciones inglés y la estructura del derecho Romano clásico; de hecho también existieron mecanismos semejantes a los del pretor romano, cuando daba acciones útiles; ya que la jurisprudencia amplió las acciones judiciales a supuestos análogos, mediante sus interpretaciones.

El derecho inglés además de estar regido por el *Common Law*, aplicado por los tribunales *Court of Common Pleas, Court of Exchequers* y la *Court of King's Bench*, tuvo también otros sectores jurídicos:

- Por un lado existía la *Law Merchant* constituida por un conjunto de normas de derecho internacional privado, de comercio marítimo y además de reglamentos de ferias y mercados. Este derecho era aplicado en unos tribunales especiales de carácter formal, *Court of Staple, o la High Court of Admiralty 1357*, este último encargado de dirimir litigios que versaban en materia de derecho comercial marítimo y de piratería. Es difícil pensar que el derecho comercial marítimo no tuviera influencias romanas, ya que era vital para los comerciantes tener un

24 GARCIA GARRIDO, *Derecho privado Romano*, Madrid, 1997 p.143, n.19

25 Vid. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti*, cit. pag.39, y PETER, *Actio und Writ*, Tübingen 1957.

26 Un tratamiento sobre el desarrollo histórico de esta institución lo podemos encontrar en TEJERA V.D., *El Habeas Corpus*, 2ed. Madrid 1927 pag. 7 y ss.

27 La importancia de este precedente anglosajón incide de lleno en la creación del *Habeas Corpus* regulado en la L.O.6/84.(vid. exposición de motivos).

28 D.43.29.3.pr "*Ait praetor quem liberum dolo malo retines, exhibeas*"(1) "*Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam*".

cuerpo de normas universales que les protegiesen de la arbitrariedad y del trato poco amistoso del que podían ser víctimas en los países en que realizaban sus negocios.

- Otro sector normativo era el Derecho Canónico; éste venía siendo aplicado por unos tribunales eclesiásticos, que fueron permitidos desde la I Conquista por parte de Guillermo de Normandía²⁹. La consecuencia de la concesión normanda provocó la rápida y completa organización en toda Inglaterra de una jurisdicción eclesiástica, que aplicaron las leyes de la Iglesia y el Derecho Canónico, paralelamente a los tribunales del Rey, que administraban el *Common Law*. El rápido desarrollo del derecho canónico fue dando dignidad y eficacia a estos *Ecclesiastical Courts*³⁰. Esto provocó conflictos jurisdiccionales entre la jurisdicción secolar y laica; sobre todo a raíz de los enfrentamientos entre Enrique II y el Arzobispo de Canterbury durante el siglo XII. Estos tribunales vieron declinado su poder tras la reforma protestante³¹ que convirtió al Rey en Jefe de la Iglesia. A pesar de ello continuaron ejerciendo su autoridad en materias de familia y de sucesiones, siendo transferidas el resto de competencias a los Tribunales reales, en particular en la *Court of divorce and probate*.

Hay que decir que a través del derecho canónico se produjo una recepción encubierta del derecho romano. Aunque la mayor influencia vino dada originariamente por los monjes irlandeses, los benedictinos de Roma y los monjes del Bec (Lafranc, Anselmo de Canterbury y llegados con Guillermo el conquistador). A partir del siglo XII la influencia del Derecho Romano tuvo unos primeros efectos, como ya he señalado anteriormente de la mano de personas como Vacarius, Ranulph de Glanvill o el juez Bracton. Aunque esta recepción está marcada por la hostilidad del *Common Law* y su estamento productor de normas, que desde un principio mantienen una actitud defensiva y antipermeable del derecho Romano³².

III. LA RIGIDEZ DEL COMMON LAW Y LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN MEDIANTE LA EQUITY

En un primer momento en el Derecho inglés no se plantean problemas cuando no existía o estaba previsto un *Writ* que pusiera remedio a una determinada situación, ya que en estos supuestos la acción no era planteable "*no writ, no remedy*". El rey inicialmente era libre de configurar los *Writs* hasta que en 1258 Enrique III dicta la *Provisions of Oxford* por la que se bloquean los mismos, dando mayor seguridad jurídica al sistema. Durante treinta años, el *Common Law* no sufrió alteraciones pero

29 Concesión hecha por un decreto que señalaba: "Cualquiera que fuese acusado de un delito contra las leyes episcopales, sería llevado ante la persona que designase el Obispo, ante la que tendría que responder de su delito, no con arreglo a las costumbres del siglo, y ante el Tribunal secular, sino conforme a los cánones y a las leyes episcopales, administrando justicia en nombre de Dios y sus Obispos".

30 HOLDWORTH, *The Ecclesiastical Courts and their jurisdiction*, en la obra *Delect essays on Anglo-American Legal History*, T II. Frankfurt(1968), pag. 298 y ss.

31 LOSANO, M. G., op. cit. supra. pag.170

32 KOSCHAKER, *Europa...*, pag.216 y ss.

esta situación se fue haciendo insostenible. Con la llegada de Eduardo II cambia el panorama al dictarse el *Statute of Westminster II*, que permite que se concedan nuevos *Writs* para resolver situaciones análogas a las ya existentes, antes de la *Provisions of Oxford*. Paulatinamente se fueron añadiendo al núcleo central de normas del Common Law(Derecho Penal y Derecho de la Propiedad) otras materias relativas a contratos y responsabilidad extracontractual.

Paralelamente a estos acontecimientos se va consolidando la *legal profession*, llegando alcanzar unos niveles técnicos bastante elevados e incluso adquiriendo existencia autónoma a pesar de haber surgido al amparo de la Corona.

También las aportaciones del Derecho Romano que se indujeron por obra de Bracton disminuyen sensiblemente a finales del siglo XIV , aunque se dieron otras influencias de este ordenamiento jurídico gracias a Coke, gran jurisconsulto del *Common Law* que va a luchar contra las prerrogativas regias absolutistas.

En competencia con los tribunales del Common Law, a lo largo del siglo XIV se configura una nueva jurisdicción dependiente del Canciller real (*Court of Chancery*) que adopta como propias, determinadas manifestaciones romano-canónicas³³ y, el procedimiento escrito (en contraposición al principio de oralidad y publicidad que regía en la otra jurisdicción) que los juristas del derecho común difundían por el continente europeo. Estos profesionales que actuaban en dicha jurisdicción procedían de los centros docentes universitarios a diferencia de los jurisconsultos del *Common Law* formados en los *Inns of Courts*. Otra particularidad de la que gozaba dicho tribunal era la condición eclesiástica de la que estuvo constituido hasta mediados del siglo XVI, ya que a partir de mediados del siglo XVII sus Jueces y el Lord Canciller provenían de las *Inns*.

Desde la conquista normanda era posible recurrir en apelación al rey contra las decisiones de los tribunales reales. Después esta decisión se delegó en el Lord Canciller, que era al mismo tiempo Secretario y Capellan del rey. El proceso propio de la *Court of Chancery* se basó en normas morales jurídicas y muy especialmente en la "aequitas" canónica. Así los ciudadanos podían dirigirse directamente al rey, en petición de justicia, enviando las solicitudes al Consejo del Rey y al Canciller. Este último actuaba como rector de la moralidad real y ejercitaba la jurisdicción en base a la equidad, a petición de parte. El lado negativo de la *equity* ,era su falta de ligazón a las normas jurídicas, al estar sujeta a criterios morales del lord Canciller.

Este procedimiento permitió suavizar el rigor y formalismo del *Common Law*, en tanto en cuanto proporcionaba una justicia sustancial, y no formal³⁴. El hecho de estar

33 La doctrina del derecho romano tuvo un incipiente influjo en los orígenes de esta jurisdicción aunque posteriormente quedan patentes en los principios que fundamentan las *rationes decidendi* de las sentencias de este tribunal del Lord Chancellor. vid. también PARICIO-BARREIRO, *Historia del Derecho Romano...*, cit. supra pag. 243.

34 Esta jurisdicción contaba con un mecanismo procesal importante la *Injunction*: mediante el mismo se producía la conminación contra el causante del acto dañoso para que en un futuro no se repitiese el mismo. Por otro lado se permitió introducir nuevos derechos como los *trust* y las *specific performance*.

desvinculada de las normas jurídicas dotó a la *equity* un fuerte impulso cuando el *Common Law* sufrió un retroceso por las *Provisions of Oxford* y por los límites establecidos en la *Statute of Westminster II*; ya que para la *equity* no servían las restricciones impuestas a los *Writs*. Ello provocó que la jurisdicción de equidad supliera y muchas veces apareciera en concurrencia con los procesos de *Common Law*, desencadenando en el siglo XVI y XVII luchas entre las Cortes de Justicia del *Common Law* y la del *Chancery*. El conflicto fue resuelto en 1616 por Bacon al que Jacobo I había sometido un caso, el *Earl of Oxford Case*, en el cual prevaleció la *equity* sobre el *Common Law*. Esta decisión redujo los casos de conflicto, pero no los eliminó; de hecho los jueces del *Common Law* no aceptaron que la Corte de la Cancillería se convirtiese en una segunda instancia de las decisiones adoptadas por la Corte de Westminster.

No hay que olvidar la contribución de Edward Coke y el estamento de juristas que lucharon por la defensa del *Common Law* y la independencia judicial frente a la Corona bajo la bandera del la *supremacy of law*³⁵.

La armonización de ambos ordenamientos se produjo gracias a la *Judicature Act de 1873*. Reforma que significó, por un lado la consagración del precedente judicial, y la aplicabilidad de ambos ordenamientos por parte de los Tribunales.

Antes de la reforma judicial de 1873 encontramos otras influencias, como las recogidas en la obra de John Austin *lectures on jurisprudence* 1862. También en el ámbito jurisdiccional se empiezan a apreciar los primeros atisbos de permeabilidad de la dogmática romana durante el siglo XIX. Por supuesto no podemos olvidarnos de su enorme incidencia en las Universidades de Oxford y Cambridge, en donde su cultivo alcanzó la misma intensidad que en Alemania.

IV. CONCLUSIONES Y BREVE REFERENCIA ACTUAL

En definitiva la tradición jurídica inglesa, a pesar de gozar formalmente de una autonomía jurídica propia, determinada originariamente en el estamento de juristas que crea el *Common Law*, se vió afectada por las influencias de la tradición jurídica romano-canónica; quizás dicha contaminación jurídica continental tuvo unos efectos muy diferentes en las islas. Si bien, existen momentos en el proceso de recepción, que comienzan con la influencia de los glosadores y monjes benedictinos que fueron llegando con la conquista de los normandos, y terminan con las influencias de autores como Austin o Maitland. Pero ya hemos señalado que la recepción fue algo desvirtuada por reacciones adversas, como las acaecidas por parte de la Corona del rey Esteban , Enrique II y III, o las sufridas por parte de del estamento de juristas que va desarrollando el *Common Law*, de forma autónoma. Sin embargo no dejó de tener importancia la incorporación de elementos romanísticos, sobre todo en el derecho legislado, en la enseñanza en las Universidades y en las resoluciones judiciales.

35 KOSCHAKER, op. cit. pag. 177.

En otro orden de cosas, la regulación actual ha confirmado la existencia de un derecho jurisprudencial importante sobre todo en lo relativo al precedente judicial, que sigue siendo la principal fuente del *Common Law*³⁶. De hecho el derecho legislado *Statute Law* siempre ha sido interpretado de forma restrictiva, limitando su incidencia sobre el *Common*. El precedente juega un papel muy importante, ya que ante un caso concreto el juez debe preguntarse como han sido resueltos supuestos análogos precedentes y aplicar los mismos criterios al caso que se le plantea. E incluso puede inducir, si no encuentra alguno que le sirva para el caso planteado, a partir de un principio general del derecho, un *original precedent*; llegando a darse situaciones en las cuales el juez británico invita al poder legislativo a regular determinadas materias. En todo caso el Juez también puede desvincularse del precedente si con ello evita resultados que atenten contra la equidad.

Es importante destacar que estamos en presencia de un sistema abierto que da preeminencia al derecho jurisprudencial, o también llamado (*case law method*) en contraposición a las distintas codificaciones que se van a ir sucediendo a lo largo del siglo XIX que determinan un sistema cerrado o codificado. Ello no ha impedido que se de un acercamiento entre ambos sistemas, ya que se han producido codificaciones de precedentes judiciales (*Years of Books o la Law Reports* de 176 volúmenes) y también de leyes. Al igual que en los sistemas cerrados existe junto al derecho legislado y codificado, la recopilación de repertorios de Jurisprudencia. Por todo ello hoy en día carece de sentido esta distinción dado su acercamiento estructural y funcional.

BIBLIOGRAFÍA

- CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di Storia della Giuriprudenza europea*, II, ed. Torino (1989).
- DECLARUIL, *Hist. gen. du droit francais*(1925)..
- E. MOLITOR- H. SCHLOSER. *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado*, 2ªed.(1975) trad.Martinez Sarrión, Barcelona (1980).
- CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, Madrid(1984).
- FERNÁNDEZ BARREIRO *La suerte del "mos gallicus" en la Francia contemporánea* (1970).
- *Presupuestos de una Concepción Jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, (1976).
- FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO J., *Historia del Derecho Romano y su Recepción en Europa*, Madrid 2ed. (1997).
- GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid 1997.
- GAUDEMET, *Observations générales sur l'influence du Droit romanin en France*, Romanitas, 6-7(1965) pag. 102 y ss.

36 Es cierto que el Common Law se configura en base a los mismos, de hecho la importancia que tuvo el mismo permitió su difusión extraeuropea no solo en países anglosajones como Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia; sino también aparece superpuesto a determinados derechos locales en Israel, Sudán, Pakistan y la India.

- HOLDWORTH, The Ecclesiastical Courts and their jurisdiction, en la obra *Delect essays on Anglo-American Legal History*, T II. Frankfurt (1968).
- KANTOROWICK-BUCKLAND, en *Studies in the Glossators of Roman Law*, Cambridge, (1938).
- KANTOROWICZ, *Die Entstehung d. Digesten vulgata*, ZS 30 (1911), pag. 223 y ss.
- KOSCHAKER, *Europa un das römische recht*, München 1966
- LOSANO G. M., *Il grande Sistema Giuridici*, trad. esp. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid (1993).
- MITTEIS en ZSS(63), pag. 162 y ss.
- *Staat des hohen Mittelalters* (1940), pag.174, 181; 333-345 y 376 y ss.
- PETER, *Actio und Writ*, Tübingen (1957).
- PLUCKNETT, *A concise History of the Common Law*, London (1956).
- The place of the legal professions in the history of English law , publicado en *The law quartely review*,(1932).
- S.F.C. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, London (1969).
- PATON, *A textbook of Jurisprudence*, Oxford (1972).
- SAINZ-EZQUERRA F.J, Tradición romanística y decisión justa, *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. LXVIII, p.385 y ss.
- TEJERA V.D., *El Habeas Corpus*, 2ed. Madrid (1927)
- TORRENT A, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Madrid 1993
- VINOGRADOFF, *Diritto Romano nell'Europa Medioevale*, (1960).
- WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, (1958).
- *Historia del Derecho Privado de la Edad moderna*, trad. Fernández Jardón , Madrid (1957).