

## CAPÍTULO XXI

### INGLATERRA Y EL DERECHO ROMANO

## 90. DERECHO ROMANO Y DERECHO ANGLOSAJÓN

UN CASO interesante fue el de Inglaterra, donde el derecho romano, aunque no dejó de tener cierta influencia, no logró penetrar profundamente en las instituciones tradicionales, lo cual dio lugar al famoso dualismo jurídico en el mundo occidental moderno.

En relación con este dualismo, cabe una advertencia. Los estudiantes —y algunos libros— a veces presentan exageraciones.

Muchos piensan que se trata de dos sistemas totalmente distintos e incompatibles, mientras que en realidad en muchas materias, las normas resultan semejantes (como tratándose del derecho mercantil y ciertas ramas del administrativo); de hecho, los dos sistemas permiten, por su cercanía, toda clase de mezclas (pensemos en Luisiana, Sudáfrica o Escocia). Sin embargo, en la solución judicial de las controversias (subsunción del caso concreto bajo la regla abstracta; o busca de jurisprudencia, en combinación con la técnica de establecer *distinctions* y de separar la “tesis” de los *obiter dicta*), en la creación del derecho (*judge-made law* o derecho legislado), y en muchas instituciones (*trust, estoppel contempt of court*) encontramos grandes diferencias. Pero ciertas instituciones (el jurado popular, por ejemplo), se encuentran de ambos lados de la mencionada división, y otras han sido “recibidas” con adaptaciones (fideicomiso, *trust; unjust enrichment*; adopción). El panorama es mucho más variado de lo que cabe dentro de la popular dicotomía.

Sobre todo, no debemos buscar diferencias esenciales, profundamente psicológicas, entre los dos sistemas. Ambos, el romano-clásico y el medieval-inglés, aceptaron la primacía de lo procesal y forense sobre lo sustantivo;<sup>1</sup> ambos sistemas fueron casuísticos (en la segunda vida del derecho

---

<sup>1</sup> Cf. H. Peter, *Actio und Writ*, Tubinga, 1957.

romano, sobre todo por la Pandectística alemana, retrocede el casuismo hacia el fondo); ambos desarrollaron en alguna fase de su evolución un nuevo subsistema, como corrección al carácter, a menudo anticuado y áspero, del sistema básico (*ius civile/ius honorarium; common law/equity*); en el romano clásico y en el anglosajón hasta la fecha, el legislador quedó en una segunda fila; ciertas fases del derecho romano, en su larga evolución, se parecieron a ciertas fases del derecho inglés:<sup>2</sup> entre, por una parte, el derecho anglosajón (*common law*) y por otra el neo-romanista (*civil law, continental law*) no hay una oposición como entre fuego y agua, de manera que en el panorama comparado actual encontramos varios sistemas híbridos, en que elementos del uno y del otro conviven armoniosamente.

Observamos, de paso, que la terminología respectiva no es muy satisfactoria, ya que *common law* es sólo un aspecto del antiguo derecho inglés, al lado del *equity* y de las leyes; y *civil law* para designar la familia de los derechos neo-romanistas, se presta a confusión con "derecho civil", que, dentro de esta familia corresponde tan solo a una de sus múltiples ramas. La sustitución de *civil law* por *derecho continental* también se presta a una objeción evidente: no toma en cuenta el neo-romanismo latinoamericano, ni tampoco la influencia de derechos no-romanos en el continente europeo.

## 91. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN COMIENZA A ORGANIZARSE

Para la formación del derecho medieval inglés, fue muy importante la fase desde Enrique II (1154-1189) hasta Eduardo I (1272-1307). Al primero debemos en gran parte la estructuración de la justicia medieval inglesa, que permite que con ayuda de la labor de los juristas de la Corona (en parte jueces itinerantes), por encima del mosaico de los derechos consuetudinarios locales, comenzara a formarse aquel famoso "derecho común", aceptado como vigente por los jueces de la Corona. Además, en aquella misma época en las tabernas de los juristas, los *Inns of Court*, la formación profesional de los juristas ya comenzaba a organizarse extrauniversitariamente, pero en una forma considerada como satisfactoria por las autoridades y por el pueblo.

<sup>2</sup> Véase también H. Peter, *Roem. Recht und Englisches Recht*, Wiesbaden, 1969.

## 92. VACARIUS

Precisamente antes de Enrique II, cuando el futuro del derecho autóctono inglés todavía no parece tan asegurado, a mediados del siglo XII observamos un brote de enseñanza iusromanista en Cantuaría (Canterbury) y luego en Oxonia (Oxford). El hombre que ocupó un lugar central en aquel intento de introducir el método y la ciencia de los Glosadores en Inglaterra, fue un Glosador italiano, Vacarius, de la Lombardía.

Llamado a Inglaterra como árbitro en una controversia entre el arzobispo Theobaldus y Enrique de Winchester (en la cual el derecho justiniano jugaba un papel ya que la Iglesia se regía por éste en ausencia de normas canónicas), llegó a Inglaterra por 1147, y probablemente, después de terminar con éxito su intervención en el mencionado litigio, comenzó sus actividades didácticas en 1149. Para que sus alumnos no tuvieran que conseguir ejemplares costosos (desde luego transcritos a mano) del *Corpus Iuris*, elaboró para ellos el *Liber Pauperum*, título que significa algo como "Libro para estudiantes de escasos recursos", con una antología de textos justinianos, aclarados mediante glosas.<sup>3</sup> Aunque bajo presión del gremio de los juristas del *common law*, el Rey Esteban en algún momento prohibió que Vacarius continuara enseñando el derecho romano (y quizás ordenó que se quemaran los ejemplares de su mencionada obra), encontramos más tarde a Vacarius todavía en Inglaterra, con encargos prestigiosos (como Juez Delegado, nombrado por el papa Alejandro III, en un proceso matrimonial, por 1165, y en otros casos),<sup>4</sup> y en 1198 inclusive fue comisionado por el Vaticano para predicar la tercera Cruzada. La violencia de la aludida crisis anti-romanista obviamente ha sido exagerada por algunos autores sobre este tema; el hecho es que:

- (a) muchos ejemplares del *Liber Pauperum* han sobrevivido;<sup>5</sup>
- (b) cuando menos una generación después de la crisis en la carrera

<sup>3</sup> A causa del título del mencionado libro de texto, los juristas del *common law* designaron por algún tiempo a los entusiasmados del derecho romano como "pauperistas", apodo peyorativo.

<sup>4</sup> Cf. Zulueta, en su Prólogo al *Liber Pauperum of Vacarius*, Selden Society, Londres, 1927, p. XX.

<sup>5</sup> Zulueta, l. c., pp. XXIV-XXXVIII presenta un catálogo de los manuscritos, a veces fragmentarios. Del reporte por Fritz Sturm sobre las XIV. *Jornadas de Historia del Derecho* (ZSS 1963, pp. 530-539) veo que Helmut Coing encontró que en el siglo XIII el *Liber Pauperum* gozó de cierta popularidad general en las bibliotecas europeas (*ibidem*, p. 538).

didáctica de Vacarius, encontramos al alumno de Azo, abate de Evesham, enseñando el derecho romano en Exeter, Oxford y probablemente en Northampton;<sup>6</sup>

(c) en tiempos de Enrique II muchos jóvenes ingleses se fueron a Bolonia para estudiar derecho, tanto canónico como romano;<sup>7</sup> algunos se quedaron por algún tiempo y otros para siempre (como Richard, de Dunstable, el cual enseñó derecho en Bolonia), pero la mayoría regresó a Inglaterra, a funciones relevantes, y aplicando el derecho romano y el canónico como derechos de autoridad igual, como vemos en el interesante documento de Baltimore que Richardson analiza en el artículo al que se refiere la nota anterior;

(d) Daniel de Moreley, en pleno siglo XIII se queja en su *Philosophia*, de que cuando regresó de España, encontró que en Inglaterra habían decaído las ciencias “liberales”, mientras que el derecho romano fue estudiado por todas partes;

(e) al comienzo del siglo XIII, los notarios comenzaron a formar sus organizaciones gremiales, y como pudieron litigar en tribunales canónicos, pero no en los del “derecho común” (donde los gremios de los abogados tuvieron ya establecido su monopolio), estuvieron bien versados en los derechos canónico y romano, algo que se manifestó en toda la práctica notarial;

(f) Bracton (aprox. 1200-1268) cita con total libertad (aunque quizás no siempre con mucho conocimiento de causa),<sup>8</sup> sobre todo en el *Liber Primus* de su famoso tratado acerca de las *Leges et consuetudines Angliae*, las *Instituciones* justinianas y el *Digesto* (a cuyo respecto, de paso sea dicho, una vez más el *Infortiatum* resulta ser el ceniciento entre los tres *volumina* del *Digesto*). Sobre todo, comparando el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, de Glanville, publicado en 1189, o sea unas décadas después de la crisis de Vacarius, con la obra de Bracton, se nota el incremento de la influencia iusromanista;

(g) en 1234 Enrique III tuvo que prohibir de nuevo la enseñanza del derecho romano, esta vez con referencia a Londres. Esta medida, desde luego, indica la continuidad de dicha enseñanza en la fase posterior a

<sup>6</sup> Maitland, p. XXII de su Introducción, ya mencionada, a *Bracton and Azo*. Para Northampton, véase H.G. Richardson, “The Oxford Law School under John”, *Law Quarterly Review*, 227 (Julio 1941), pp. 319-338.

<sup>7</sup> H.G. Richardson, l.c., especialmente p. 322 y nota 17.

<sup>8</sup> Maitland, l.c. p. XVIII y ss.; desde este ataque, empero, otros autores han reparado parte del daño causado a la reputación de Bracton como conocedor del derecho romano.

Vacarius, pero, por referirse esta prohibición exclusivamente a Londres, se ha sugerido que posiblemente el rey, mediante esta medida, precisamente trató de proteger la enseñanza del derecho romano en Oxford contra el peligro de un éxodo de sus mejores profesores hacia Londres, y, con esto, contra una escisión en aquella famosa universidad que gozaba del favor monárquico;

(h) la presencia del derecho romano en la Inglaterra del siglo XIII era tan evidente, que en 1236 la élite feudal, en Merton, tuvo que declarar que *nolumus leges Angliae mutare*;

(i) evidentemente, en Inglaterra como en toda Europa occidental, el derecho romano siguió teniendo efectos concretos en la labor de los tribunales eclesiásticos; y

(j) es verdad que el *common law*, tan intensivamente ocupado del antiguo sistema inglés de la propiedad, totalmente ajeno al derecho romano, no tuvo mucha oportunidad de incorporar elementos del derecho romano,<sup>9</sup> pero la segunda rama del derecho inglés medieval que durante el siglo XIV vino a flexibilizar aquel derecho (completando el *common law*, que ya comenzaba a sufrir de arteriosclerosis), o sea la rama del *equity*, es un producto de juristas clericales, en el cual la historiografía del derecho inglés siempre reconoce cierta influencia romanista.

### 93. UNA RECEPCIÓN DE INTENSIDAD MÍNIMA

Todo esto indica que no debemos dramatizar el episodio en que Vacarius jugó el mencionado papel central. El derecho romano se ha quedado siempre presente en la Inglaterra medieval, y la prohibición de la enseñanza iusromanista de Vacarius no fue el momento crítico, decisivo, en que el sistema jurídico inglés perdió la oportunidad de volverse romanista. Estamos más cerca de la verdad si decimos que un conjunto de circunstancias contribuyó a la conservación del *common law*, y como tales circunstancias merecen mención: la firme organización de los tribunales monárquicos, desde tiempos de Enrique II, y del gremio de los juristas; el hecho de que éstos tomaran en propia mano la formación de la próxima generación profesional; el interés de los señores feudales en

<sup>9</sup> Véase Barton, IRMAe, V.1.3.b, 1971 pp. 96-97.

no cambiar sistemas, y, quizás, su desconfianza de ciertos principios promonárquicos en los textos justinianos, ya mencionados; la posición insular de Inglaterra y la lejanía de los grandes centros de cultura iusromanista en el norte de Italia. Todo esto contribuyó a la conservación del derecho autóctono, filtrado por los jueces monárquicos, y en parte expuesto y explicado con ayuda de términos y una sistemática que deben bastante al derecho romano medieval. Así se consolidó aquel *common law*, desde entonces paulatinamente mejorado y adaptado a nuevas circunstancias por los jueces de la Corona, que recibieron al respecto el apoyo de varios reyes importantes (pensemos en Eduardo I).

Después, cuando el derecho romano fue “recibido” en forma bastante manifiesta en muchos territorios continentales, Inglaterra ya había pasado desde hacía varias generaciones por las discusiones respectivas y tenía un derecho autóctono, bien cuajado, que ya había tomado del derecho romano algo de su terminología y también de su sistemática, pero que pudo funcionar satisfactoriamente sin necesidad de más ideas extranjeras, de manera que el impacto romanista de los siglos XII y XIII, como dijo McIlwain en una frase, luego usada por tantos otros autores, sirvió de “inoculación profiláctica” contra la fiebre de la Recepción, y cuando Enrique VIII, en el Renacimiento, en un esfuerzo de seguir la tendencia contemporánea del continente, propugnó también en su reino una semejante recepción, la resistencia gremial fue tan eficaz que el monarca no alcanzó más que el establecimiento de aquellas prestigiadas cátedras de Oxford y Cambridge que todavía existen, los *Regius Chairs of Civil Law*.

Así, en el mapa de la Recepción, en el cual encontramos grandes diferencias en la intensidad que tuvo el derecho romano en la práctica, el caso de Inglaterra corresponde a una intensidad mínima, aunque siempre más perceptible que la Recepción en los territorios escandinavos. El gran Maitland observa, que si Inglaterra hubiera aceptado el iusromanismo medieval al estilo de como sucedió en tantos territorios continentales, su país quizás hubiera podido evitar en su evolución jurídica muchas malas aventuras (*we could have kept out of many a bad mess through which we have plunged*), pero con el riesgo de sufrir de aquellas formas de monarquía absoluta que tantas veces pudieron aprovechar el derecho romano, y concluye que probablemente haya

sido mejor para Inglaterra buscar a tientas su camino y encontrar casi por casualidad ciertas soluciones acertadas (... *better that we have stumbled forward in our empirical fashion, blundering into wisdom* — ¡típicamente Maitland!...).

#### 94. LOS CIVILIANS

Sin embargo, en pleno Renacimiento inglés, hallamos todavía un grupo organizado de juristas de formación romanista (*civilians*) que habían estudiado, no en los *Inns of Court*, sino que habían recibido el grado de *Doctor of Civil Law* (D.C.L.) en Oxford, o de *Doctor of Laws* (L.L.D.) en Cambridge, o que allí habían revalidado estudios extranjeros de derecho romano. Se habían agrupado profesionalmente en *The Doctors' Commons*, en Londres, y litigaron ante tribunales eclesiásticos (las cinco cortes provinciales del arzobispo de Canterbury, que aún después de la ruptura con Roma siguieron aplicando mucho derecho romano), el *High Court of Admiralty* (en asuntos mercantiles), y el *High Court of Chivalry*. Mientras que sus colegas del *common law* estuvieron divididos en el gran conflicto del siglo xvii entre Parlamento y Corona, los *civilians* estuvieron casi unánimemente del lado del rey, de manera que después de las tristes aventuras políticas de la Corona en tiempos de Cromwell, el declive cuantitativo de su organización (de unos centenares a unas decenas) fue notable, y su prestigio social nunca se recuperó (antes de la crisis comweliana, se consideraron superiores, no sólo a los simples *solicitors*, sino inclusive a los *barristers* del *common law*); sin embargo, para asuntos eclesiásticos, diplomáticos y otros, todavía hubo lugar en la profesión jurídica de Inglaterra para algunos juristas conocedores del derecho romano, de manera que su organización sobrevivió precariamente hasta su disolución en 1867.<sup>10</sup>

#### 95. EL MOS ITALICUS EN INGLATERRA

Una figura interesante, renacentista, en el panorama del derecho romano en Inglaterra, es, desde luego, Alberico Gentili, que de 1587 hasta su muerte en 1608 ocupó en Oxford la *Regius Chair of Civil Law*, además de trabajar en varios casos forenses y de ser abogado de la Embajada de

<sup>10</sup> Para todo lo anterior, véase Brian P. Levack, *The civil lawyers in England, 1603-1641*, Oxford, 1973.





Alberico Gentili

España en Inglaterra. Ha pasado a la historia, no sólo como importante internacionalista, sino también como violento defensor del *Mos Italicus*, y sarcástico adversario, tanto del *Mos Gallicus* como del *Common Law* de Inglaterra.<sup>11</sup> Un mejor conocimiento de su obra, empero, parece indicar que en el transcurso de su vida suavizó su actitud para con el *Mos Gallicus*, escribiendo con cierta apreciación sobre las obras de Cuyacius, estableciendo lazos personales de amistad con él y con Donnellus, y dejando sentir en su producción jurídica, inclusive, cierto reflejo del Humanismo jurídico.<sup>12</sup>

## 96. EL DERECHO ROMANO EN LA DIDÁCTICA JURÍDICA INGLESA

Además de este epílogo del derecho romano en Inglaterra, en el plano de la práctica, también en las altas esferas de la erudición jurídica seguimos encontrando el impacto de este derecho como *Lehrrecht* —derecho importante para la didáctica jurídica— (y esto, en forma ininterrumpida, hasta la fecha); allí encontramos a Hale,<sup>13</sup> contemporáneo del escocés Stair, que pronto conoceremos, y, del mismo espíritu,<sup>14</sup> al gran juez Lord Mansfield,<sup>15</sup> reorganizador del derecho mercantil inglés. Finalmente en el siglo

<sup>11</sup> Sus *De iuris interpretibus dialogi VI*, Leipzig 1721, recibieron una reimpresión en Turín, 1937.

<sup>12</sup> K.R. Simmonds, *The Gentili Manuscripts*, ZSS (1959), pp. 534-552.

<sup>13</sup> Matthew Hale (1609-1676).

<sup>14</sup> Su gran obra es *History of the Common Law of England*, 1713.

<sup>15</sup> Este gran jurista, 1705-1795, admirador del derecho romano, fue de origen escocés, pero se fue joven a Inglaterra. Samuel Johnson, siempre tan feliz de echar púas a Escocia, no pudo negar su impresionante nivel, y se consoló, usándolo como ejemplo de cómo inclusive un escocés puede ser capaz de grandes cosas, si tiene la suerte de ser sacado a tiempo de Escocia (Cf. su observación de que la vista más gloriosa que Escocia puede ofrecer a un escocés, es el aspecto de la carretera que lleva a Londres... No sé si la popularidad de Johnson entre mis amigos escoceses se debe a la magnanimidad de éstos, o a la gracia de Johnson). Para la importancia de Mansfield, véase Earl of Birkenhead (F.E. Smith), *Fourteen English Judges*, Londres 1926, pp. 168-196.

pasado, el brillo de los romanistas alemanes influyó en la formación de grandes figuras inglesas de la teoría del derecho, como John Austin;<sup>16</sup> en relación con este tema debemos mencionar a los bien seleccionados romanistas que ocuparon las *Regius Chairs of Civil Law* de Oxford y Cambridge,\* cátedras que gozan de un enorme prestigio académico (sobre todo la *Regius Chair of Civil Law* de Oxford). Muchos de estos romanistas han sido o son ingleses (W.W. Buckland, de Cambridge;<sup>17</sup> Tony Honoré, de Oxford); otros escoceses (Peter Stein) o de origen continental (Zulueta, Jolowicz, Daube). Siempre han servido de eslabón entre la cultura romanista del continente, y la intelectualidad inglesa.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Véase P. Stein, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today*, discurso inaugural, Cambridge, 1969.

\* Agradezco al romanista de Jerusalén mi amigo Reuven Yaron, la advertencia de que *Regii Chairs*, aunque gramaticalmente más correcto, sonaría insoportablemente pedante en medios académicos británicos.

<sup>17</sup> Además de su obra sobre la esclavitud en el derecho romano, y su texto panorámico, quisiera subrayar el interés especial de la obra que escribió con A.D. McNair: *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1936.

<sup>18</sup> Para los problemas de organizar cursos útiles de derecho romano, en el mundo anglosajón, véase F.H. Newark —romanista irlandés— en 33 *Tulane Law Review* (1959), pp. 647-659.