

Leyes, jueces, juristas, en la formación del Derecho romano y del Common Law inglés

GIOVANNI PUGLIESE

Catedrático de la Universidad de Roma

1. El tema que he escogido como objeto de mi exposición (1) se refiere al vastísimo campo de las fuentes del Derecho, es decir, de aquellos actos o aquellos hechos (o desde otro punto de vista, de aquellos órganos o aquellas personas) *quibus permissum est iura condere*, a quienes precisamente el ordenamiento les reconoce el poder de crear Derecho. Y las palabras «leyes, jueces, juristas», especialmente si son entendidas en el sentido amplio que precisaré, cubren una vastísima parte de aquel campo. Todavía, es natural que de las fuentes a que estos términos aluden, consideraré solamente algún aspecto sobresaliente, con el objetivo preciso de poner en evidencia el peso de su respectiva contribución a la formación de uno y otro de los sistemas jurídicos tomados en examen.

Y en efecto, es comúnmente sabido que los caracteres de cada sistema jurídico, y particularmente el grado de su capacidad de percibir y satisfacer las exigencias sociales con prontitud, constancia y equilibrio, que sin duda son componentes esenciales de lo que llamamos justicia, dependen en gran medida de las fuentes que los han formado y los forman. Y dado que las «leyes» en el sentido amplio que mencionaba y que trataré de aclarar, operan en todos los sistemas jurídicos no del todo primitivos, lo que cuenta es establecer si operan y cuándo operan otras fuentes; si por tanto se reconozca en particular a los jueces y a los juristas la idoneidad para crear Derecho, y en caso afirmativo, cuál sea la proporción entre éstos y las leyes en la producción global del Derecho, cuáles sus relaciones recíprocas y sus interacciones.

2. En el trinomio «leyes, jueces, juristas» aparentemente no hay homogeneidad, puesto que las «leyes» son actos; los «jueces» y los «juristas» son órganos o personas. Hubiera podido, respetando la homogeneidad, hablar de «legisladores» antes que de

(1) Conferencia pronunciada en la primavera de 1983 en las Universidades Autónoma y Complutense de Madrid, Sevilla y Valladolid. Agradezco al amigo Armando Torrent su ayuda prestada para la versión española.

«leyes». Por el contrario, he preferido el término «leyes», porque este tipo de fuente está más «despersonalizado» que las fuentes judiciales y jurisprudenciales. La mayor «despersonalización» de la ley no es debida solamente a la distancia cronológica o incluso histórica que puede subsistir entre el momento de la emanación del acto y aquél en que el acto todavía está vigente y aplicable (distancias similares también pueden contemplarse en algunos sistemas y en algunas épocas, incluso en los campos judicial y jurisprudencial), sino sobre todo al hecho que por lo general, el acto legislativo, hasta cuando es formalmente de origen autocrático, normalmente es elaborado por una pluralidad de personas no siempre fácilmente individualizables, y frecuentemente privadas de una caracterización propia, o cuya individualidad y caracterización casi siempre están destinadas rápidamente a ser irrelevantes. Por el contrario, en el campo judicial y jurisprudencial la relación entre el acto y las personas que lo realizan es más estrecho y persistente. Esto es cierto en el campo judicial, aunque la sentencia venga emanada por un órgano colegial, porque el tribunal opera siempre bajo la guía de personas bien individualizadas como el presidente, el relator, el ponente. Y es todavía más cierto en el campo jurisprudencial, si bien debe admitirse que el jurista es tanto más apreciable cuanto más logra ser objetivo. De hecho la objetividad no excluye mínimamente la influencia de las cualidades personales del jurista; es más, ella misma es una de estas cualidades.

Al término «leyes» doy, pues, un significado más amplio del que se le suele dar. En efecto, para evitar el recurso a una serie más bien larga de palabras cuyos significados pueden a veces superponerse y parecer demasiado vagos, he preferido usar el único término «leyes» para indicar cualquier acto de una autoridad pública (al margen de la decisión judicial de una controversia) que pueda prescribir imperativamente una determinada conducta a uno o varios sujetos. Comprendo en el término «leyes» consiguientemente, tanto los actos emanados por el órgano supremo del ordenamiento, cuanto los actos procedentes de órganos inferiores, siempre que estén dotados en el campo específico de aquel poder. Comprendo además tanto los actos cuya prescripción tiene carácter general y abstracto, es decir, los que tienen naturaleza de norma, como aquellos que contienen un precepto específico y concreto, es decir, relativo a un sujeto singular o grupo de sujetos, y que prescriben una determinada conducta. También comprendo finalmente, aquellas leyes particulares que son los códigos. Esta elección se muestra útil sobre todo con referencia al Derecho romano, porque nos libera de enumerar distintamente junto a las *leges* republicanas y las *leges generales* del Dominado, los *plebiscita*, los *senatus consulta*, las *constitutiones principis* (y de subdistinguir todavía estas últimas en *edicta*, *mandata*, *epistulae*, *rescripta*, *decreta*, o para una época más tardía, *leges generales* y *leges speciales*, o bien todavía *edicta*, *pragmaticae sanctiones*, *adnotationes*, *rescripta*, *decreta*, etc.). Para el Common Law inglés la utilidad de

la elección es menos evidente; ésta se manifiesta sobre todo en la posibilidad de hablar así de «leyes» incluso con referencia a los «códigos» dada la importancia que la ausencia de códigos tiene para los caracteres del sistema inglés, pero no puede tampoco olvidarse la ventaja de no tener que distinguir con pedantería entre «statutes» y «by-laws» (u otros actos normativos no emanados por el Parlamento).

3. El Derecho romano y el Common Law inglés tienen en común la tendencia a no asignar a las leyes una posición central y dominante entre las fuentes del Derecho. Para ser exactos, ésta es la opinión corriente entre los estudiosos actuales, y no se puede decir en líneas generales que sea equivocada. Conviene aún distinguir entre uno y otro campo del Derecho, como también entre una y otra época, y conviene particularmente precisar la especie y los tipos de «leyes», que a pesar de tal tendencia, fueron o son emanadas en aquellos sistemas jurídicos, y que parecen tener diversa importancia según los tiempos y las materias reguladas.

En Derecho romano es ante todo importante distinguir las épocas. En la época antigua (desde los orígenes hasta mediados del siglo III a.C.) las «leyes», aún sin pretender tener el primer puesto en la producción del Derecho, han sido bastante relevantes junto a los *mores* y a la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical. Particular importancia tiene la emanación de las XII Tablas, en la práctica un gran código, que si no es clasificable como uno de los tipos de leyes conocidos en la República avanzada (*leges rogatae, datae*), todavía constituyó en la tradición romana la «ley» por excelencia. Su característica destacada fue comprender conjuntamente normas de Derecho privado con normas de Derecho penal, e incluso de Derecho constitucional.

Sólo al llegar el siglo III a.C. asume importancia la tendencia a admitir una pluralidad de fuentes del Derecho y a privilegiar aquellas no legislativas, especialmente las judiciales y jurisprudenciales. Pero esto es cierto esencialmente en el campo del Derecho privado. En el campo del Derecho público, a pesar de la ausencia de una constitución escrita y la correlativa importancia de los *mores* y de la praxis, las «leyes» tanto las *leges* y *plebiscita* republicanos como después los senadoconsultos y los *edicta* y *mandata* del *princeps*, han conservado un valor central. Y en el campo específico del Derecho penal de finales de la República y principios del Principado, incluso las «leyes» en el sentido preciso de *leges* y *plebiscita*, tomaron el monopolio casi exclusivo de la producción jurídica.

Estas consideraciones relativas a las diversas ramas del Derecho público eran necesarias para que no se perdiese de vista la variedad y multiplicidad de la realidad histórica. Pero ahora podemos detenernos sobre la contribución respectiva de leyes, jueces, juristas, a la formación de la parte técnicamente más avanzada y tradicionalmente más apreciada del Derecho romano, es decir, la parte del Derecho privado. Ya hemos hecho mención de la

época arcaica. A comienzos de la época preclásica, hacia la mitad del siglo III a.C. el sistema romano de Derecho privado tenía todavía su base en las XII Tablas, pero a estas alturas era una base alejada en el tiempo (se remontaba a dos siglos antes), y su adaptación y desarrollo habían sido obra de la llamada *interpretatio prudentium* (primero pontifical, luego laica) fuera de cualquier acto al que pudiera darse el nombre de ley, incluso en el sentido amplio y genérico del que hemos hablado. La formación ulterior del Derecho privado se benefició también de la contribución de leyes, y precisamente de *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *constitutiones principum*, pero en su gran parte fue una contribución ocasional y fragmentaria, y sólo en la época clásica esta contribución logra una cierta consistencia cuantitativa. Es importante en esta época (y especialmente en los siglos I y II d.C.) la contribución de los senadoconsultos. Igualmente, y acaso más importante, fue la función desarrollada por las constituciones imperiales, pero éstas fueron casi siempre *rescripta* o *epistulae*, a veces *decreta*, es decir, actos de carácter específico y concreto que prescribían una conducta singular a un sujeto singular o grupo de sujetos en relación a una situación particular de hecho. Por las razones que he expuesto, igualmente llamaré «leyes» a actos de este género. Todavía debo observar que aún siendo expresiones del órgano supremo, y por tanto imperativamente vinculantes, estos actos, por su contenido y por el procedimiento a través del cual eran elaborados, tenían puntos de contacto con la obra de los juristas y de los jueces, y aquí está quizá la razón de la importancia que asumieron en la formación del Derecho privado en un período en el que el papel de las leyes al respecto era en general modesto.

4. Reconocido el puesto debido a las «leyes» en sentido amplio entre los factores del desarrollo del Derecho privado también en las épocas preclásica y clásica, se debe admitir de todos modos que este desarrollo se produjo sobre todo por obra de fuentes a las que en ninguna manera podría darse el nombre de «leyes»: este desarrollo se produjo por obra de los *mores*, usos o costumbres, actos de los magistrados jurisdiccionales, actividad de los juristas. Dejando aparte el primero de estos grupos, cuya contribución había sido la mayor en la época antigua, y que tuvo probablemente una parte de relieve tanto en la evolución del *ius civile* como sobre todo en la formación del *ius gentium*, los otros dos grupos pueden llevarse a las dos categorías que son junto a las leyes, objeto de mi discurso: jueces y juristas.

Me refiero en primer lugar, como es obvio, a la obra del pretor urbano y del peregrino, junto —aunque sea a un nivel más bajo— a las contribuciones de los ediles curules y de los gobernadores provinciales.

Ciertamente el pretor urbano y el peregrino, los ediles curules, los gobernadores provinciales, no eran jueces en sentido propio porque no juzgaban. Su función exacta no encuentra líneas para-

lelas en las experiencias jurídicas modernas, y por tanto no son encuadrables exactamente en categorías modeladas sobre estas experiencias. Sin duda estos magistrados se ocupaban de las controversias concretas y contribuían a su resolución desarrollando por tanto una función seguramente jurisdiccional. Pero hay que tener presente que junto a estos magistrados, y nombrados por éstos, habían verdaderos jueces (*iudices, recuperatores*) que pueden —a su vez— haber participado en nombre propio a la producción del Derecho.

Los magistrados que acabamos de indicar, especialmente el pretor urbano y el peregrino, participaron en la producción del Derecho en cuanto al establecer (como era su cometido) los presupuestos que el juez debía declarar como cierto o no cierto para poder y deber condenar al demandado o bien absolverlo, y por tanto al permitir o aprobar la llamada fórmula en la que se indicaban estos presupuestos. Y al respecto ellos eran y se consideraban libres de no aplicar el Derecho vigente en aquel momento, y de establecer presupuestos diversos en todo o en parte de los previstos en tal Derecho. De este modo, el precepto específico fijado por los jueces con su sentencia a veces no era sino la aplicación en concreto del Derecho vigente en aquel momento; otras veces era un precepto nuevo del todo, más o menos diverso de lo que el juez habría establecido en aplicación del Derecho vigente. Se entiende que este nuevo precepto se refería únicamente al caso concreto que había sido sometido al magistrado y al juez, pero el magistrado podía considerarlo un precedente que habría podido seguir en otros casos del mismo tipo, estableciendo en la fórmula los mismos presupuestos que habían determinado aquella sentencia. Las posteriores providencias del magistrado relativas a casos del mismo tipo, y las consiguientes sentencias del juez, resultaron por tanto influenciadas, es más, guiadas por aquel precedente, como si hubiese fijado una regla. Los magistrados fueron después más adelante por este camino, en cuanto al comienzo del ejercicio del cargo (que normalmente duraba un año) emanaban un edicto en el que comunicaban al público como iban a ejercitar su función, y en particular en qué casos habrían permitido que se desarrollase un proceso y se pronunciase una sentencia y según qué presupuestos. De este modo, los magistrados no hacían solamente crear nuevo Derecho a los jueces en los singulares casos concretos, sino que con las sucesivas generalizaciones culminadas en la redacción del edicto, creaban ellos mismos nuevo Derecho para los diversos casos abstractamente descritos que se podrían verificar en el futuro. Por otra parte hay que observar que el Derecho así creado por los magistrados en el caso concreto o en forma general (*ius honorarium, ius praetorium*), fue considerado por los romanos como un Derecho precisamente diverso del que se derivaba de otras fuentes.

También los verdaderos jueces es posible —se decía— que hayan contribuido en nombre propio a la producción del Derecho,

sin que por ello estuvieran limitados a derivar las consecuencias prácticas de los presupuestos de su decisión establecidos en la fórmula aprobada por el pretor. Esta contribución específica de los órganos judiciales escapa frecuentemente a la percepción de los romanistas modernos, dado que el contenido de sus sentencias no sólo no está atestiguado directamente en los documentos que nos han llegado, sino que ni incluso es discernible ni reconstruible a través de otras fuentes, a no ser en casos muy raros y en modo muy sumario. Todavía esta labor debió de ser muy importante especialmente cuando como es de suponer, los jueces hicieron operantes las interpretaciones y orientaciones de los juristas que desde las XII Tablas habían elaborado y hecho «fluir» como dice Pomponio (D. 1,2,2,6 en relación con el prgf. 5) el *ius civile* de la última República: interpretaciones y orientaciones que de hecho por sí mismas habrían tenido solamente valor doctrinal si no hubieran sido seguidas y aplicadas en modo constante por aquellos jueces, verosímilmente después de una labor de filtro y selección realizada por ellos mismos.

Por otro lado no se debe olvidar el *officium iudicis*, que si muchas veces sirvió únicamente para resolver cuestiones singulares en el modo considerado mejor para el caso concreto (por ejemplo, determinar el contenido de la *restitutio* a prescribir al demandado vencido), hizo posible otras veces la introducción (de acuerdo frecuentemente con los juristas) de reglas generales, como por ejemplo, las que refieren las *stipulationes iudiciales* a imponer a los demandantes victoriosos para impedirles obtener de su victoria ventajas injustificadas (cfr. Alf. D. 6,1,57; Ner. D. 5,3,57; Pap. D. 3,5,31 (30), 1, y más en general, Pomp. D. 45,1,5 pr.). Hay además un instituto de seguro origen judicial en cuanto se deriva de las sentencias del tribunal de los *centumviri*, como es la *querela inofficiosi testamenti*.

También en materia penal, fuera del ámbito en que entre el siglo I a.C. y I d.C. se ejerció aquella especie de monopolio legislativo al que me he referido, la producción del Derecho se desarrolló frecuentemente a través de actividades jurisdiccionales, sea la de los comicios, como la de los magistrados urbanos y gobernadores de provincia. Durante la época clásica, más tarde, la represión *extra ordinem*, que para bien y para mal contribuyó largamente a la evolución del Derecho penal, trajo su origen principalmente de pronunciamientos judiciales. Es cierto, por otra parte, que aquellos que influyeron en mayor medida, fueron pronunciamientos del *princeps* o del senado, es decir, de órganos del más alto nivel, dotados conjuntamente (ignorando el mundo romano la doctrina de la división de poderes) de poder jurisdiccional y legislativo.

5. Pasamos a los juristas. Su contribución a la formación del Derecho privado, ya desde la época antigua a través de la jurisprudencia pontifical, después particularmente en aquella preclásica y clásica, no tiene necesidad de ser ilustrada, puesto que cons-

tituye un lugar común. Desde el punto de vista formal, los juristas tuvieron más autoridad que poder en el sentido que sus *responsa* y sus escritos no constituían Derecho inmediatamente, sino que regularmente eran seguidos por los órganos que producían Derecho, no tanto por los legislativos como por los magistrados y jueces. Los *responsa* de ciertos juristas recibieron, de todos modos, una ulterior impronta legislativa cuando Augusto y sus sucesores dieron a éstos el famoso *ius respondendi ex auctoritate principis*. Pero sólo fue un rescripto de Adriano quien reconoció de modo explícito el valor jurídico de estos *responsa*, dándoles como dice Gayo 1,7 la eficacia de vincular al juez, y siempre que no estuvieran en contradicción con otros *responsa*. Las otras obras de los juristas no obtuvieron oficialmente esta eficacia jurídica, aunque la conquistaran de hecho en la praxis. Bastante extrañamente el valor como fuente de Derecho de todo cuanto había sido escrito por los juristas clásicos, aunque sólo fuera de algunos (los más importantes) de éstos, e incluso si no estaban todos de acuerdo, se estableció casi doscientos años después de la muerte del último importante jurista clásico en la conocida «Ley de Citas» de Valentiniano III. En realidad, como quizá también en el caso del rescripto de Adriano, no se trataba de una innovación, sino de confirmación de lo que se practicaba y del intento de darle una regulación. Como está claro por el contrario, que las sugerencias dirigidas por los juristas al pretor o a otros magistrados, y las relativas propuestas de fórmulas o de otros esquemas de procedencias magistratuales, no constituían Derecho por sí mismas, y todavía, gracias a la autoridad que gozaban estos juristas particulares, tales sugerencias fueron acogidas de modo que muchas fórmulas y otras medidas pretorias o magistratuales pueden hacerse remontar a los juristas.

El panorama es esencialmente sumario, pero ya en esta sumaria nos muestra la vastedad y profundidad de la contribución de los juristas a la formación del Derecho romano en la fase preclásica y clásica, vastedad y profundidad que difícilmente encuentran paralelo en otros ordenamientos y en otras épocas. Y precisamente el relieve cuantitativo y cualitativo de la contribución de los juristas es lo que confirió al Derecho romano los caracteres (si queremos decirlo, algo aristocrático) de sensibilidad para ciertos valores de justicia y de tecnicismo desarrollado, de los que en gran parte derivó su fortuna en la Edad Media y en la Moderna.

6. En la época postclásica, agotada la jurisprudencia como factor creativo y cumplido el proceso —ya iniciado en el Principado— de concentración en las manos del emperador del poder de crear nuevo Derecho, el cuadro de las fuentes aparece polarizado sobre las «leyes». Se había reconocido oficialmente, como ya hemos dicho, el valor de los escritos de los juristas como fuente del Derecho, y la «Ley de Citas» de Valentiniano III sólo había consagrado un reconocimiento que ya se había producido al menos desde Constantino. Pero se trataba de los juristas clásicos, y por

tanto de una fuente del pasado, cuyos productos sobrevivían en una cierta medida y con algunas adaptaciones. No surgieron ni se reconocieron nuevos juristas. La jurisprudencia que había florecido siglos antes permaneció, pues, como fuente del Derecho que todavía se aplicaba, pero no como fuente de un Derecho nuevo. Esto sólo podía ser creado por las constituciones imperiales.

Pero también se produjo en el campo de las constituciones imperiales una transformación importante, que ejercitó su influencia sobre el continente europeo durante muchos siglos, y en cierto modo hasta nuestros días. Las constituciones que fueron llamadas oficialmente *leges* (como anteriormente las comiciales), se distinguieron en generales y especiales, y ya bajo Constantino (CTH. 1, 2,2) y posteriormente con otras intervenciones imperiales a lo largo del siglo IV (por ejemplo, Arcadio y Honorio, CTH. 1,2,11) se fijó el principio que solamente las constituciones generales, es decir, las relativas a una situación de hecho prevista abstractamente y que vinculaban a la generalidad de los sujetos que pudieran encontrarse en tal situación, podían modificar el Derecho vigente, mientras que las constituciones especiales, entre las cuales particularmente los *rescripta* y los *decreta*, debían limitarse a aplicar el Derecho vigente sin derogaciones ni modificaciones.

Otra tendencia de esta época, que aunque a distancia de muchos siglos, fue tomada como modelo, es la de codificar el Derecho vigente. La época postclásica en este tema está cerca de la antigua, caracterizada por las XII Tablas. Pero en la época postclásica la aspiración hacia un código, manifestada con gran energía aunque de un modo impreciso por el proyecto de Teodosio II (Cth. 1,1,5) llegó en primer lugar a una simple colección de constituciones, que se añadió a aquéllas precedentemente compiladas (el código Teodosiano después del Gregoriano y del Hermogeniano), y sólo a distancia de casi un siglo se culminó parcialmente con la compilación justiniana, que no correspondió a la síntesis proyectada por Teodosio, pero que puede considerarse un código, aunque sólo fuera analítico. La tendencia a las realizaciones de los siglos V y VI confirman por tanto que en la época postclásica, diversamente que en la preclásica y clásica, y con una singular anticipación del sistema de fuentes vigente en Francia y en otros muchos países del continente europeo del siglo XIX, la formación del Derecho privado se produjo esencialmente por obra de «leyes» o de códigos. Los códigos en efecto, como acabo de decir, pueden incluirse en la categoría de las «leyes».

7. El Common Law inglés en el mundo jurídico moderno está generalmente considerado como un sistema antitético al sistema romano, y en muchos aspectos esta opinión está justificada. Todavía, si se considera el Derecho romano privado de las épocas preclásicas y clásica y no el postclásico, y no los Derechos modernos que han recibido ampliamente la influencia romana (los ordenamientos que David calificaba de romano-germánicos, y que los ingleses llaman Civil Law), se nota entre aquel Derecho romano

y el Common Law inglés al menos un punto de contacto: la escasa contribución dada a su formación por las «leyes», y la importancia preponderante que estos sistemas reconocen a los jueces y a los juristas, aunque haya una diversa relación entre ellos.

Las leyes en Inglaterra han tenido y tienen todavía en el campo del Derecho privado una importancia parangonable a la que tuvieron en la Roma antigua. Han habido y hay leyes (statutes) de gran relieve, y su número se ha multiplicado en los últimos decenios por el interés social de regular y limitar los derechos de los particulares en el goce de los bienes y en las actividades económicas. Pero las normas fijadas por estas leyes no han constituido ni constituyen la trama del Derecho privado, sino que han tenido y tienen naturaleza accidental, aún regulando a veces cuestiones tan esenciales como la real properts y las companies. La trama del Derecho privado está constituida por los pronunciamientos judiciales, y por el laboreo que jueces y juristas han realizado en torno a aquéllos durante siglos. Coherentemente, el Derecho derivado de las leyes (statute Law) es considerado distinto y en cierto modo diverso del Common Law en sentido estricto, del cual, por otra parte, frecuentemente sigue sus líneas esenciales.

El juez, a quien le era sometido en el pasado o se le somete hoy un caso que debe resolver, no se consideraba ni se considera legitimado para establecer él la regla idónea para resolverlo, distinguiéndose en esto del juez suizo que se prevale de los poderes que le confiere el artículo 1, párrafo 2 de su código civil. El juez inglés debía y debe, ante todo, encontrar la regla que se aplica en el caso, y no crearla. La regla habría podido o podría encontrarla él en un precedente judicial o en un artículo de la ley, hipótesis que contemplaré más adelante, pero podría haber constatado, o si bien sea hoy muy raro, constatar que ningún precedente judicial y ninguna disposición de un statute contenía o contiene la regla que busca, y entonces, antes que crearla según su criterio, la traía y la trae (consideraba o considera encontrarla) en el fondo mismo del Common Law, constituido por costumbres tradicionales inmemorables, por valores éticos, más recientemente por los principios derivables del conjunto de las decisiones judiciales, todo bajo la guía de la razón. Su actuación aparecía y aparece como un acto reconocedor y declarativo del Derecho ya existente, no como un acto de voluntad creador de un Derecho nuevo. Pero en realidad, el juez inglés creaba, y crea todavía hoy, cuando se dé el caso, Derecho nuevo: naturalmente lo creaba o lo crea en el caso singular que decide, pero lo importante es que lo creaba y lo crea también para todos los casos sucesivos de la misma especie, dado que la decisión del caso singular valía y vale como precedente vinculante (rule of precedent).

El valor vinculante del precedente judicial durante algunos siglos, pareció tener la misma naturaleza que la autoridad persuasiva de los precedentes en los sistemas de la moderna Europa continental en cuanto no se fundaba sobre ningún precepto jurí-

dico. Pero la autoridad persuasiva de los precedentes ingleses era mucho más fuerte, tanto que correspondía en la práctica a un valor vinculante de naturaleza jurídica. Hacia mediados del ochocientos el vínculo comenzó a establecerse explícitamente también por una rule general con la que los mismos jueces regularon sus pronunciamientos, y el vínculo era tan intenso que no se admitía que el precedente fuese contradicho o modificado ni por los mismos jueces del tribunal que lo había establecido (como si un legislador no pudiese abrogar su propia ley). Hubo una cierta atenuación en 1966, puesto que la House of Lords emanó otra rule general con la que se autorizó a despreciar un propio precedente si se encontrasen buenos motivos para hacerlo; por el contrario, los otros tribunales continuaron vinculados, no sólo por los precedentes establecidos por los tribunales superiores, sino también por los propios.

Hoy, un juez que «encuentra» un precedente (normalmente por que uno de los abogados lo alega para sostener las razones de su cliente), lo debe aplicar si cree que la *ratio decidendi* de la decisión alegada se corresponde exactamente con el caso a decidir. Para sostener o contestar la aplicabilidad del precedente, se ejercita por parte de los abogados y del juez el arte sutil del *distinguishing*: distinguir en el precedente la *ratio decidendi*, que vincula al nuevo juez, de los *obiter dicta* que jurídicamente no lo vinculan; individualizar en el caso en examen los elementos de hecho relevantes para la decisión, y confrontarlos con los elementos que se consideran relevantes en el caso a decidir, al objeto eventualmente de distinguir en los puntos esenciales los dos casos, y demostrar de esta manera la inaplicabilidad del precedente. Este arte de distinguir pudo y puede en definitiva, tener el efecto de restringir bastante el valor vinculante del precedente y atribuir al juez una libertad mayor de cuanto el rule of precedent por sí mismo no permitiría imaginar.

Si luego el juez debe aplicar una norma del statute law, opera inicialmente como los jueces de los sistemas europeos continentales. Pero luego que él, decidiendo el caso que se le somete, ha interpretado la norma, esta interpretación se convierte en un precedente que vinculará a los intérpretes posteriores. Esto ocurrirá tanto más naturalmente si la interpretación será obra de la House of Lords. A medida, pues, que las normas de un statute son interpretadas por un tribunal, y especialmente por la House of Lords, resultan gradualmente reabsorbidas en el Derecho judicial, es decir, cesan de valer como normas legislativas y se convierten en parte del Derecho judicial, esencia del Common Law. Esto muestra que no sólo los statutes no son la trama del Derecho inglés, ni le aportan sus cánones esenciales, sino que además tampoco resisten como tales a la interpretación de los jueces, que viene a amalgamarlos con el Derecho creado por ellos.

Todavía el poder creador de los órganos judiciales ingleses se manifiesta en otra forma: la equity. La equity es el conjunto de

institutos, reglas, preceptos singulares, que a partir del siglo xv fueron introducidos caso por caso por el Lord Chancellor y por su tribunal, la Court of Chancery: institutos, reglas, preceptos con los que se corregía e integraba el Common Law, y que eran distintos de éste. El Lord Chancellor no era originariamente un órgano judicial, pero a causa de las competencias que le asignó el Rey, se convirtió en juzgador, aunque permaneciendo distinto de los órganos judiciales de Common Law. Lo mismo naturalmente debe decirse de su emanación: la Court of Chancery. Y dado que al producirse sobre los casos que se le sometían, el Lord Chancellor y la Court of Chancery se inspiraban más bien en criterios ético-religiosos-sociales (que justificaban precisamente el nombre de equity al Derecho así creado), y que éstos traían discrecionalmente de aquellos criterios sus decisiones específicas, no hay duda que ésta, más todavía que las de los tribunales de Common Law, es una creación judicial.

La analogía entre la equity inglesa y el *ius honorarium* (o *praetorium*) romano es evidente, aunque si —como he dicho— el pretor romano no pronunciaba él mismo las sentencias, sino que solamente establecía los presupuestos, y aunque si no resulta que se inspirase en criterios directamente religiosos. Las diferencias, tanto técnicas como sustanciales, ciertamente no faltan; al respecto debemos añadir también que el pretor romano era competente para tratar tanto las pretensiones fundadas sobre el Derecho creado por él, cuanto también aquellas pretensiones fundadas sobre el *ius civile*, mientras que el Chancellor y la Court of Chancery eran competentes sólo en materia de equity. Sólo con el Judicature Act de 1877 se suprimió la duplicidad de órganos judiciales. En cualquier modo, la analogía entre *ius honorarium* y equity es profunda, tanto por su común origen jurisdiccional, cuanto particularmente por la igual función desarrollada en el desarrollo general del sistema jurídico.

Volviendo específicamente a la equity, se puede observar que en rigor cada pronunciamiento del Lord Chancellor o de la Court of Chancery, siendo ejercicio de un poder discrecional, era libre del vínculo de los precedentes, y de hecho, la precedencia no valía en este campo. Todavía el precedente, si no vinculaba jurídicamente, constituía siempre una autoridad persuasiva e influía sobre las soluciones sucesivas del caso de la misma especie. Se formó así una praxis de la Court of Chancery que dio lugar a una serie de nuevas reglas jurídicas, como reglas de equity distintas de aquéllas de Common Law. Y estas reglas, cuando la Court of Chancery fue suprimida con el Judicature Act, sobrevivieron a ésta y fueron aplicadas en los tribunales ordinarios.

8. En un sistema de Derecho en el que es tan vasta y tan importante la obra creadora de los jueces, la función de los juristas es necesariamente más modesta. En realidad, lo que en el Derecho romano preclásico y clásico hicieron los juristas, en el Derecho inglés fue en gran parte obra de los jueces, que por otra parte,

tuvieron y tienen una competencia extendida a campos que permanecieron ajenos para los juristas romanos. No por esto se puede negar la riqueza de personalidades en la doctrina jurídica inglesa desde la Edad Media hasta hoy, ni la finura de sus aportaciones. Pero dejando aparte el hecho de que muchas de estas personalidades fueron en el pasado y son en parte en nuestros días, personajes en conexión con la actividad judicial, no debemos pasar el hecho de la enseñanza desarrollada en las escuelas de Derecho anejas a los tribunales (*Inns of Court*), ni de la parte considerable que en la doctrina jurídica inglesa tienen directamente las *reasons*» dadas por los jueces al motivar sus decisiones; en cualquier caso debemos constatar que los juristas ingleses que no hayan sido o no sean también jueces, desarrollaron y desarrollan en gran parte una actividad refleja respecto a la judicial, volviendo a tomar y discutiendo las decisiones de los tribunales con método casuístico.

Ha habido en Inglaterra y sigue habiendo actualmente una relación entre jueces y juristas muy diversa de la que se encontraba en Derecho romano. No es que en Roma los pretores y otros magistrados jurisdiccionales hayan contribuido en escasa proporción a la formación del Derecho, pero no se puede negar que su contribución ha sido menor que la aportada por los jueces ingleses, a quienes de hecho, no se debe solamente la equity, sino también, y especialmente, la estructura esencial del *Common Law* en sentido estricto. Lo que cuenta más, de todas maneras, a los fines de la diversidad de la que hemos hablado, es la menor aportación, en sentido cuantitativo y cualitativo, de los juristas ingleses a la formación de su Derecho. Ciertamente ellos no han desarrollado la función creadora de la jurisprudencia romana. Pero sobre todo, con su posición subordinada respecto a los jueces, y con la naturaleza prevalentemente casuística de su actividad, han sido en general poco preparados o reacios a elaborar conceptos y a individualizar principios capaces de concatenarse en un sistema. También la jurisprudencia romana ha sido inicialmente y ha permanecido fundamentalmente casuística, pero partiendo de la casuística, aquellos juristas han sabido frecuentemente remontarse del caso particular a una regla más general, y a establecer conexiones entre un caso y otro, una regla y otra. Tampoco los juristas romanos puede decirse que fueran propiamente sistemáticos, pero al menos han puesto las bases de un sistema. El Derecho romano consiguientemente, por la aportación preponderante (directa o indirecta) dada a su formación por la actividad de los juristas, ha contribuido a la tradición posterior (que comienza desde la misma época romana postclásica) no sólo una serie de soluciones de casos, sino también, y particularmente, un tejido de conceptos, de reglas, de principios más o menos generales. Por el contrario el *Common Law* inglés, ha contribuido y contribuye todavía, con una serie de precedentes judiciales particulares, unidos uno a otro más que lógicamente coordinados, y sólo en muy escasa medida sinte-

tizados en una «rule» o en una «doctrine», y también éstas generalmente de origen judicial. Probablemente no es casualidad que del *humus* cultural de la tradición romanística, nutrida con el pensamiento de los juristas romanos, haya nacido en los siglos XVIII y XIX la savia de las codificaciones, y que por el contrario, el *humus* cultural del Common Law, formado con las opiniones de jueces, incluso de un gran relieve, a pesar de la vigorosa lucha por la codificación conducida en la primera mitad del ochocientos por Jeremy Bentham, se haya mostrado estéril para tales proyectos. No quiero con ello emitir un juicio de valor sobre una y otra cultura, puesto que hoy se discute y es cuestionable si tener códigos sea o no una ventaja; mi propósito es solamente dar un mejor relieve a la diversidad de su orientación.

