

Capítulo II

FUENTES DEL COMMON LAW

1.	Circulación del modelo del <i>common law</i> y sus diversificaciones	63
2.	Los orígenes del Derecho anglo-americano y de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho... ..	68
3.	La centralización del sistema de justicia	68
4.	<i>Forms of action</i> y métodos probatorios: los <i>writs</i> y el <i>trial by jury</i>	71
5.	<i>Common law</i> y jurisdicción de <i>equity</i>	75
6.	Jurisdicción y legislación... ..	79
7.	El precedente judicial... ..	81
8.	" <i>Stare decisis et non quieta movere</i> "	82
9.	Las <i>opinions</i> de los jueces del <i>common law</i> y la teoría clásica del precedente	85
10.	Recientes tendencias en la teoría del precedente	89
11.	La legislación en los sistemas del <i>common law</i>	92
12.	Fuentes constitucionales	93
13.	<i>Statute law</i> e interpretación jurisprudencial	95
14.	Legislación secundaria o <i>subordinate legislation</i>	99

CAPÍTULO II

FUENTES DEL COMMON LAW

SUMARIO: 1. Circulación del modelo del *common law* y sus diversificaciones. 2. Los orígenes del Derecho anglo-americano y de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho. 3. La centralización del sistema de justicia. 4. *Forms of action* y métodos probatorios: los *writs* y el *trial by jury*. 5. *Common law* y jurisdicción de *equity*. 6. Jurisdicción y legislación. 7. El precedente judicial. 8. "*Stare decisis et non quieta movere*". 9. Las *opinions* de los jueces del *common law* y la teoría clásica del precedente. 10. Recientes tendencias en la teoría del precedente. 11. La legislación en los sistemas del *common law*. 12. Fuentes constitucionales. 13. *Statute law* e interpretación jurisprudencial. 14. Derecho secundario o *subordinate legislation*.

1. Circulación del modelo del *common law* y sus diversificaciones

Razones políticas, culturales y económicas han determinado la difusión y la superposición del Derecho anglo-americano en numerosos ordenamientos jurídicos en todas partes del mundo, que in-

cluso ha extendido su influencia a países de tradición romanística (o de *civil law*) y al área de las naciones post-socialistas.

La circulación del modelo del *common law* resulta ligada sobre todo a motivos de naturaleza histórico-política, y coincide sustancialmente con los países directamente afectados por el radio de influencia del Derecho inglés y, en particular, con los colonizados por el Imperio británico. En todos los casos, la transposición del Derecho inglés se ha enfrentado a adecuaciones e hibridaciones que han alterado la estructura y los caracteres originales del mismo. No obstante lo cual, tales ordenamientos son clasificables dentro de la familia del *common law*.

La aplicación del Derecho inglés comenzó en Irlanda ya a partir del siglo XII, cuando Enrique II afirmó su señorío sobre la isla. Todavía hoy los jueces irlandeses citan y se adecuan a los precedentes ingleses.

Los actuales ordenamientos de Canadá, Australia y Nueva Zelanda presentan muchos elementos del Derecho inglés, aunque también están integrados por institutos cuya matriz proviene de la codificación. También dentro del área del *common law* se cuentan el Derecho sudafricano y el Derecho hindú y, en algunos aspectos, el Derecho israelí. A éstos deben sumarse todos aquellos países que forman parte de la *Commonwealth*, que, incluso después de haber alcanzado la independencia, han conservado el *common law* implantado.

Una nutrida parte de países pertenecientes a la familia del *common law* representa el resultado de la influencia ejercida por el otro prototipo que ha conocido una amplia difusión: el Derecho estadounidense (Filipinas, Panamá, Islas Caimán, Palaos, etc.)

En consecuencia, se ha asistido y se asiste en la época contemporánea, a un significativo proceso de circulación del modelo del *common law*, en el que destacan algunas cuestiones.

La primera que debe señalarse concierne a las relaciones y distancias que se han consumado a lo largo de los acontecimientos de la historia entre *common law* y *civil law*, desde una perspectiva preeminentemente cultural.

Aunque en un primer período, la formación romanista de los *common lawyers* aseguraba un flujo cultural de conexión entre los dos sistemas, en la época de Sir Edward Coke (alrededor de 1600) se interrumpió de manera brusca. En efecto, la formación extra-universitaria del jurista, fundada en la preeminencia de la contribución científica y didáctica de los *Inns of Court* ⁽³⁷⁾, urge y anima la práctica de seguir los precedentes judiciales. Con esta decisión, se afirma la primacía de los tribunales sobre las universidades; el triunfo de la lengua de los prácticos sobre el de los eruditos. El conflicto entre Estado e Iglesia y la veneración por la *rule of law* sellaron la definitiva desaparición del Derecho romano y canónico del equipaje cultural del *common law*. A su vez, la llegada al escenario europeo-continental de la codificación napoleónica y de las instancias del positivismo legislativo, hicieron más evidente la separación entre la tradición jurídica continental y la del *common law*.

En contraposición con estos factores divergentes, se han desarrollado periodos de comunicación y diálogo entre los dos sistemas que, con el tiempo, han puesto cada vez más de relieve el tronco común que se remonta al patrimonio de la tradición jurídica occidental. El Derecho anglo-americano, de forma no diversa a la de los sistemas de *civil law*, se caracteriza por ser un orde-

⁽³⁷⁾ Se trata de asociaciones privadas profesionales de abogados, sin personalidad jurídica, cuyo origen se remonta al siglo XIV. Representan el reflejo de una concepción corporativa de la profesión legal: a tales organizaciones, de hecho, corresponde la facultad de atribuir el título de *barrister*. Por otro lado, es la misma corporación la que decide la admisión a la práctica forense a partir de unos requisitos fijados por ella. Se obliga a los aspirantes a seguir cursos y a realizar exámenes ante alguna *Inn*.

namiento autónomo —e independiente de la religión, de la moral y de las otras reglas sociales— de normas preexistentes, generales y abstractas⁽³⁸⁾. Si no se tuviera en cuenta este todo aglutinante no se entendería la *ratio* de las distintas interconexiones que, en el ámbito de los ordenamientos, se registran hoy entre experiencias jurídicas pertenecientes a las dos tradiciones; por no hablar del proceso de integración política, económica y jurídica de la Unión Europea, que incluso tiene a Gran Bretaña como protagonista (aunque sea de una manera recalcitrante), junto a los países del *civil law*, de los progresos que se han registrado.

Una segunda cuestión que debe indicarse viene impuesta por la consolidación en el panorama internacional de dos prototipos, dos modelos ejemplares dentro de la familia del *common law* : el modelo inglés y el estadounidense. Estas dos experiencias jurídicas, después de una larga fase de desarrollo paralelo y unitario, han mostrado evidentes señales de divergencia, ofreciendo cada vez más connotaciones propias y exclusivas.

Así, en el sistema institucional inglés se registra la indiscutida soberanía del Parlamento, la falta de una Constitución escrita y un correlativo Poder Judicial de revisión, la existencia de un ordenamiento unitario y una coherente jerarquía jurisdiccional, mientras que en el estadounidense destaca en cambio la presencia de una Constitución rígida, jerárquicamente supraordenada a las otras fuentes, un relevante sistema de control de constitucionalidad, un reparto de la función jurisdiccional entre esfera federal y esfera estatal; por no hablar de la penetrante y poderosa función política asumida por su Tribunal Supremo y de los amplios poderes de los jueces en la interpretación de los *statutes* y los precedentes.

La misma regla del *stare decisis*⁽³⁹⁾ recibe una diferente aplicación en los dos sistemas.

(38) Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 3.

(39) Véase *infra* § 8.

El papel asumido por los *statutes* también parece que revela nuevas divergencias entre los modelos de referencia del *common law*. El acusado positivismo que caracteriza la experiencia inglesa induce a los juristas ingleses a preferir la interpretación *literal* de los *statutes* o, si es necesario, el recurso al principio de proporcionalidad. Aparecen, en cambio, menos atados por el tenor de la letra, incluso podría decirse que hasta más emancipados, los jueces del otro lado del mar Océano que, ante la interpretación de los actos legislativos, no demuestran ningún temor a la hora de examinar la legitimidad de las *policies* hasta poner en duda su constitucionalidad.

También en el terreno de la doctrina, el jurista norteamericano, sensible al modelo sistemático alemán, al interpretar la norma se vale de los instrumentos metodológicos derivados del rigor lógico y del razonamiento dogmático de la tradición continental.

Es el momento de señalar que los sistemas del *common law* no se reducen a los prototipos inglés, estadounidense y a sus derivados. De hecho, otros ordenamientos jurídicos, que han asumido el *common law* como substrato propio, han mantenido en vigor reglas derivadas de la anterior tradición jurídica, especialmente en lo que hace referencia al estatuto de la persona ⁽⁴⁰⁾ (India, Sudán, etc.)

Sin embargo, como hemos de acotar nuestra investigación sobre las fuentes del Derecho a un ámbito compatible con la finalidad de esta obra, limitamos el análisis a las fuentes de los dos tipos referidos.

No obstante, no podemos dejar de considerar los orígenes del modelo del *common law*, que aportará el conocimiento indis-

⁽⁴⁰⁾ Por «estatuto de la persona», se entiende el régimen jurídico particular que el ordenamiento asegura a los individuos en relación, por ejemplo, con su pertenencia a una comunidad religiosa.

pensable para comprender un fenómeno jurídico que, quizás más que otros, ha estado intensamente modelado por su propia historia. Y la historia del sistema de *common law* casi coincide exclusivamente, al menos hasta el siglo XVIII, con la historia del Derecho inglés.

2. Los orígenes del Derecho anglo-americano y la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho

Es común que la doctrina del Derecho comparado remonte la formación y la consolidación del *common law* al período de la historia inglesa que se extiende desde la conquista de Guillermo de Normandía, llamado El Conquistador, en 1066 y la llegada de la dinastía de los Tudor en 1485. En todo este tiempo, un nuevo sistema jurídico, común en todo el reino, sustituye gradualmente las costumbres locales ⁽⁴¹⁾.

Recientemente se ha observado que el momento crucial de la separación del *common law* de la familia romanista se remonta, como ya se ha señalado, a la época de Sir Edward Coke, a principios del siglo XVII, cuando en el Derecho inglés prevalecieron los caracteres medievales que, en cambio, en la Europa continental habían dejado paso a la modernización emprendida por el absolutismo ⁽⁴²⁾.

3. La centralización del sistema de justicia

Desde el punto de vista estructural, lo primero que debe ponerse de relieve es el establecimiento en Inglaterra de institucio-

⁽⁴¹⁾ Lupoi, M.: *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1995, págs. 16 y sgts.

⁽⁴²⁾ Cfr. Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., págs. 13 y sgts.

nes centralizadas, destinadas originalmente a desarrollar funciones administrativas, y después llamadas a administrar justicia.

En un sistema medieval, caracterizado por un amplio pluralismo jurídico, y donde las pretensiones de los barones y las otras autoridades locales se tradujeron en pretensiones patrimoniales ⁽⁴³⁾, la monarquía debía mantener una lucha extenuante por la afirmación y la difusión de la jurisdicción de la *Curia regis* ⁽⁴⁴⁾.

El *common law* se presenta inicialmente como un Derecho regio, común a todos los súbditos, administrado por un sistema judicial que deriva directamente del Rey ⁽⁴⁵⁾; los componentes de los tribunales reales eran en efecto los miembros de la Corte elegidos por el Rey.

Su actividad se desarrollaba principalmente de acuerdo con tres directrices: en primer lugar, los llamados *pleas of the Crown* (*placita coronae*), es decir, cuestiones que concernían directamente a la Corona y que sucesivamente se extendieron a toda la jurisdicción penal. En segundo lugar, la jurisdicción de la *Curia regis*

(43) Maitland, F.W.: *The Forms of Action at Common law*, Cambridge, 1948.

(44) En el sistema feudal la administración de justicia no era gratuita. El señor de un tribunal feudal obtenía un beneficio significativo por administrar justicia. En consecuencia, la mengua de jurisdicción tenía una inmediata repercusión sobre el patrimonio.

(45) «El *common law* inglés se llamó históricamente así porque era común a los hombres libres de Inglaterra, que dependían todos de la jurisdicción directa de los tribunales centrales reales. Este hecho evidenciaba el contraste entre el *common law* y las distintas costumbres locales; en una fase sucesiva, el *common law* se opuso al Derecho creado por ley (*statute law*), siendo el primero elaborado por los jueces y el segundo por los legisladores, y éste es el significado corriente en la actualidad». Van Caenegem, R.C.: *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, trad. it.: *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, pág. 42.

constituyó un tipo de remedio en favor de quien no hubiera podido conseguir justicia ante los tribunales feudales (*propter defectum justitiae*). Por último, el Rey administró justicia entre sus vasallos directos (los llamados *tenants in chief*).

Se debe a esta jurisdicción centralizada (en el curso de cinco siglos al menos) la formación del Derecho jurisprudencial que, en el sistema del *common law*, ha asumido una posición de predominio, que ha acabado por significar la más relevante diferenciación estructural respecto del sistema del *civil law*.

La obra de consolidación del *common law* fue posible gracias a los escritos de algunos juristas que, especialmente durante el reinado de Enrique II (1154-1189), contribuyeron a cristalizar el Derecho jurisprudencial producido por los tribunales reales. En particular, a finales de 1100, se elaboró, presumiblemente por Ranulf de Glanvill, el primer tratado jurídico del *common law*.

Todo ello, además de testimoniar la difusión de una multiplicidad de derechos locales, debido a la variedad de las costumbres y las decisiones de los tribunales locales, introduce la idea de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho: un Derecho regio, administrado por una estructura unitaria y centralizada que, por obra de los mismos juristas prácticos, tiende a asumir características técnicas y, al fin y al cabo, de imparcialidad, hasta el punto de liberarse de la persona del Rey y que pasa indemne a través de guerras civiles y de convulsiones históricas. Así, las luchas entre Enrique III y sus barones —que incluso condujeron a la sanción del carácter limitado de la monarquía con la *Magna Charta*— no pusieron en tela de juicio el sistema de *common law*, en cuanto que ya estaba legitimado como costumbre del reino, antes que como precepto del príncipe⁽⁴⁶⁾.

(46) Baker, J.H.: *An Introduction to English Legal History*, London, 1979.

4. *Forms of action* y métodos probatorios: los *writs* y el *trial by jury*

La eficacia de la justicia regia respecto de las jurisdicciones locales, tenía también entre sus fundamentos un sistema procesal singular.

Para conseguir la intervención del Rey, era necesario procurarse, mediante pago, un *writ* de la cancillería. El *writ*, llamado también *brevis*, era sustancialmente una orden con la que el Rey, dirigiéndose a un funcionario local, disponía que se hiciese justicia y que fuera satisfecho el derecho a favor de quien se había dictado el *writ* mismo.

Según el *petitum* y la *causa petendi*, el *writ* asumía una forma y un contenido diversos. Así como, según el *writ*, variaba la competencia del Tribunal, cambiaba el sistema para que fuese posible realizar un acuerdo ante el mismo⁽⁴⁷⁾; diferentes además eran los tipos de réplica admitidos de parte del adversario y, sobre todo, diferentes eran los *itiner*a procesales⁽⁴⁸⁾.

Hasta el reinado de Enrique III (1216-1272), la *Curia regis* podía conceder los *writs* que estimase oportunos, sin ningún vínculo sustancial⁽⁴⁹⁾. Sucesivamente tuvo lugar un cambio en el sistema, destinado a dejar su huella en el modelo del *common law*.

(47) Por ejemplo, según el tipo de acción, era más o menos posible una condena por contumacia.

(48) En cuanto a los medios probatorios, por ejemplo, las *forms of action* más antiguas se articulaban a través de las ordalías: a veces se admitían las ordalías del agua; otras, las ordalías del fuego. En ciertos casos, estaba previsto el recurso a la «batalla» (*trial by battle*); otras veces, en cambio, a la «purgación» (*wager of law*), que era un juramento solemne, respaldado, a su vez, por el juramento de doce *oath helpers* (testimonios bajo juramento) sobre la propiedad de atenderla.

(49) Holdsworth, J.B.: *History of English Law*, 16 vols., Cambridge, 1922-1926.

En efecto, de un sistema en que la reclamación de un derecho (*cause of action*) era precedida por un remedio jurisdiccional (*writ*), se pasa a un sistema en que un número taxativamente limitado y preestablecido de *writs* precede y determina los derechos de los que puede solicitarse tutela judicial⁽⁵⁰⁾.

Con la llegada y consolidación de la monarquía parlamentaria, los tribunales reales y la cancillería perdieron la libertad plena de disposición sobre los *writs* y, en consecuencia, de modificar las fórmulas procesales. De hecho, esta práctica aparecía a los ojos del Parlamento como una suerte de legislación. Por ello, se dispuso la creación de un *Register of writs*, que recogiese las *forms of action* taxativamente previstas para tutelar, en sede jurisdiccional, determinadas pretensiones. Las que no fuesen de esta clase, quedaban en la esfera de competencia de los tribunales locales.

Sin embargo, por las *Provisions of Oxford* de 1285 (también denominadas *Statute of Westminster II*), se autorizó al canciller a conceder *writ in consimili casu*, es decir, en relación con supuestos de hecho parecidos a casos anteriores en los que ya se hubiesen concedido *writs*.

Es importante resaltar el hecho de que una vez conseguido el *writ*, todo lo demás quedaba en manos del procedimiento. Por tanto, era necesario y suficiente adecuarse minuciosamente al procedimiento prescrito, para conseguir una decisión de la Justicia regia.

Remedies precede rights, el procedimiento ante todo y, como ha sido destacado oportunamente, al ser dadas las *forms of actions*, los derechos tienen que deducirse de ellas⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Maitland, F.W.: *The History of the Register of Original Writs. Collected Papers*, II, Cambridge, 1911.

⁽⁵¹⁾ Maitland, F.W.: *The Forms of Actions at Common law, cit.*, págs. 145 y sgts.

El peso que las *forms of action* han tenido en la determinación de la mentalidad y en la modelación de la estructura del *common law*, se debe en gran parte a la consolidación del instituto procesal del jurado; que es tanto como decir una prueba fundada en el testimonio de un grupo de personas sobre la veracidad de las afirmaciones de las partes. Gradualmente, este instituto acabó por constituirse en el eje del proceso del *common law* y en el instrumento típico de autogobierno; es decir, de colaboración de la colectividad en el ejercicio de actividades públicas⁽⁵²⁾.

La introducción de tal instituto procesal se debe a Enrique II, quien, a finales del siglo XII, con el ánimo de conciliar las exigencias de un control centralizado y la difusión de un sistema desconcentrado de justicia regia, instituyó el *Grand Assize* y cuatro *Petty Assizes*, también llamados *Possessory Assizes*. El sistema denominado de los *assizes* ha representado hasta 1971, época de su desaparición, un instituto judicial típico de la experiencia jurídica inglesa.

A partir de 1167, algunos jueces (*assize commissioners* o *itinerant justices*) fueron enviados a la periferia con el objetivo de ocuparse sólo de determinadas cuestiones (*on commission*). Así, en un primer momento, las acciones penales fueron promovidas por los *commissioners* a través del *presentment* o incriminación de los sospechosos; los mismos podían convocar a los llamados *recognitores*, un grupo de doce vecinos, para que testimoniaran bajo juramento sobre el grado de veracidad de los hechos afirmados en juicio. El mismo instrumento probatorio era extensible a los juicios ordinarios civiles, en caso de que una de las partes rechazara las pruebas aducidas por la otra.

(52) Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti anglossassoni*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M., *ob. cit.*, págs. 191 y sgts.

Los testigos, interrogados por el *assize commissioner*, expresaban un veredicto (*vere dictum*) sobre la contienda en acto. En el curso del siglo XIV, este sistema se consolidó con la institución de jurados (*jury*) que, por la afirmación de la veracidad o falsedad de lo manifestado por las partes, determinaban los hechos de la causa. La actuación de los miembros de los jurados, se limitaba a la comprobación de los hechos; pero, sobre ello, lo hacían como verdaderos jueces y su juicio era inapelable.

De este modo, el proceso con jurado (*trial by jury*) permitía a los "jueces togados" dejar a otros el análisis y la comprobación de los meros hechos, con lo que podían centrarse en las cuestiones de Derecho. Tanto es así que, con la finalización del proceso tras el fallo del "juez togado", la eventual impugnación ante un juez jerárquicamente superior, no afectaba al veredicto del jurado, sino a los eventuales vicios procesales que se debieran a la falta de respeto del magistrado de las reglas procesales.

Se observa que la neta separación entre comprobación de las cuestiones de hecho y comprobación de las cuestiones de Derecho, señala una distinción de papeles entre jurado y tribunal que no tiene parangón en el sistema del *civil law*.

Por otro lado, en este sistema, el abogado (el *common lawyer*) tenía la delicada tarea de elaborar el *pleading*, es decir, de reconstruir la cuestión de hecho jurídicamente relevante, sobre el que el jurado habría de pronunciarse. Dicho de modo más preciso, se trataba de clarificar un hecho que, resultando decisivo para la solución de la controversia, era afirmado por una parte y negado por la contraparte. De este modo, el jurado debía decidir sobre la veracidad o falsedad de los hechos presentados.

A este sistema se sumó, en un momento dado, un instituto procesal pensado para operar fuera del jurado: el llamado *demurrer*. Actuaba cuando una de las partes, incluso admitiendo todos los hechos y, en consecuencia, haciendo superfluo el vere-

dicto del jurado, denunciaba su irrelevancia desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas sustentadas por el adversario. En 1540, este instituto desapareció por un *statute* (ley). Sin embargo, hasta entonces, el *demurrer* constituyó uno de los principales vehículos de elaboración y desarrollo del *common law*. De hecho, daba lugar a discusiones informales sobre puntos de Derecho, no verbalizadas en los *plea rolls*, pero que se recogían libremente en los *Year Books* ⁽⁵³⁾.

Después del *Statute of Jeofails* de 1540, el *pleading* asumió forma escrita y el momento del debate de la cuestión de Derecho se trasladó a una fase siguiente, cuando se obligó a los jueces a motivar la decisión adoptada frente a los *serjeants* (los actuales *barristers*).

En conclusión, el tecnicismo y el formalismo que llegaron a alcanzar los procedimientos ante los tribunales del *common law*, hicieron que no se pudiesen adaptar a todas las exigencias de la administración de la justicia. Por lo cual, junto (y de modo paralelo) a los tribunales, se desarrollaron sistemas alternativos de jurisdicción, dirigidos principalmente a resolver allí donde los tribunales del *common law* no eran capaces de hacerlo. Entre los sistemas alternativos de justicia, el de *equity* conoció un particular desarrollo, que determinó una bipartición fundamental entre *common law* y *equity*, que ha llegado hasta nuestros días.

5. *Common law* y jurisdicción de *equity*

En el tiempo en que, después de la *Magna Charta* y la guerra civil, el Parlamento bicameral fue adquiriendo poderes cada vez

⁽⁵³⁾ Los *Year Books* constituyen la forma más característica de la literatura jurídica inglesa; en ellos, se recogían, por orden cronológico y año por año, apuntes y comentarios acerca de la actividad de la *Court of Common Pleas*. Sin embargo, no contienen, como los *Reports* sucesivos, los informes más o menos fieles de los casos resueltos. Cfr. Dawson, W.F.: *The Oracles of the Law*, Westport, 1968.

más amplios, la justicia regia se separó de la persona del Rey y del *King's Council*, para articularse en tres tribunales del *common law*: el *King's Bench*, el *Common Pleas* y el *Exchequer*.

En torno a la actividad de estos tres tribunales de Westminster, se desarrolla un Derecho jurisprudencial que, en concreto y más técnicamente, llamamos *common law* y que, poco a poco, asume rasgos cada vez más precisos. Este Derecho, por las razones que veremos, surge y se institucionaliza como alternativa a la jurisdicción basada en la *equity*.

Ya se ha señalado el hecho de que la separación de la jurisdicción regia del carisma personal del Rey, si de un lado le ha permitido sobrevivir a los vaivenes de la monarquía, de otro le ha hecho perder la elasticidad y la discrecionalidad que estaban ínsitas en la administración directa de justicia por parte del Soberano. Dicho en otras palabras, una justicia ligada al caso concreto también podía ofrecer soluciones diferentes a las previstas en la regla general; es decir, permitía que la cuestión se decidiese por equidad.

Pero un poder semejante sólo podía ser reconocido al Rey y a los tribunales que se identificaban con la persona del Rey. La liberación de los tribunales del *common law* del patronato regio, llevó consigo la exclusión de la prerrogativa de decidir una cuestión con la discrecionalidad que consentía el caso concreto y que lo apartaba del *rule of law*. La única prerrogativa regia que los tribunales del *common law* mantuvieron concernió al control sobre las actuaciones de los órganos de control y de justicia local, mediante los *prerogative writs* ⁽⁵⁴⁾. Mediante la verificación

(54) Los jueces itinerantes de la justicia regia (*justice in erie*) se valían de los *prerogative writs* para exigir cuentas de la actuación de los *sheriff*, tribunales locales, etc. Los más importantes eran y siguen siendo: el *certiorari*, destinado a controlar lo realizado por los órganos o tribunales locales; el *mandamus*, mediante el que se podía imponer oficialmente un acto concreto; la *prohibition*, con el que, al contrario, era posible impedirlo;

de la legalidad del poder local y de su coherencia con los parámetros de la justicia central, aseguraron una uniformidad de la jurisdicción en todo el reino.

A partir del siglo XIV, empezó a advertirse una clase de esclerotización del Derecho surgido del *common law*. Al perder los jueces esos márgenes de discrecionalidad, la rigidez de las fórmulas y esquemas empezó a mostrar su inadecuación para ofrecer justicia en todos los casos que no fueran reconducibles a los supuestos de hecho consolidados.

Pero si los tribunales regios perdían la capacidad de impartir justicia, coherentemente con una mentalidad de tipo feudal, el Rey debía poner el remedio. Así, se entendió como algo completamente natural que las víctimas de decisiones no conformes con el sentido de justicia, pudieran dirigirse directamente al Soberano, que sólo podía actuar legítimamente separando sus decisiones de los protocolos de la regla general. En tales circunstancias, el recurso se presentaba al Canciller del Rey, que lo sometía al juicio del Soberano en el seno del *King's Council*. Alrededor de 1400, el número de apelaciones al Rey alcanzó un número tan elevado, que indujo al Rey y al Consejo a delegar su autoridad en el Canciller.

En el curso del siglo XV, la *Court of Chancery*, es decir, la Administración de la Cancillería, se vuelve un tribunal monocrático; su procedimiento siguió el modelo inquisitorio continental, con pocos formalismos y un cierto carácter expeditivo. Se trataba del llamado procedimiento romano-canónico, que se desarrollaba casi completamente de forma escrita (conocido también como *bill procedure* por el nombre del acto de petición por el que se iniciaba el juicio).

el *quo warranto*, diseñado para pedir cuentas del poder en virtud del cual se decretaba la aprobación de cierta clase de actos; el *habeas corpus*, con el que se exigía la presentación de un prisionero para verificar la legitimidad de su detención.

La jurisdicción del Canciller tenía, pues, los rasgos de discrecionalidad propios de la antigua justicia regia; que, como le consentía considerar características peculiares en cada litigio, hacía que administrase justicia según *aequitas*. La *equity*, en otras palabras, fue el Derecho jurisprudencial derivado de los fallos de la *Court of Chancery*; que bien pronto se fue formando y consolidando en competencia con el Derecho jurisprudencial derivado de las resoluciones de los tribunales del *common law*.

Naturalmente, las prerrogativas de la *Court of Chancery* no fueron ilimitadas: carecía de competencia para conocer los derechos tutelados por el *common law* en la medida en que sólo podía actuar en defensa de la persona. Sin embargo, podía disponer la suspensión de un juicio del *common law* cuando reconociera en él un resultado inicuo o viciado; o bien, a petición del condenado, decretar la suspensión de la ejecución de una sentencia de un tribunal del *common law* y sustituirla por un fallo en equidad.

Así, la administración de justicia en equidad parecía responder, al menos en un primer período, a principios y criterios metajurídicos vinculados a los principios del Derecho romano y del Derecho canónico.

Bajo Enrique VIII (1509-1547) se asiste a la secularización de la cancillería con el traspaso de las funciones judiciales de los canonistas religiosos a los *common lawyers*, que carecían de formación en Derecho romano-canónico. De este modo, la *equity* se consolidó y estabilizó como un Derecho jurisprudencial —de similar modo ocurrió con el *common law*—, articulado en un complejo sistema de casos judiciales e institutos.

La historia del Derecho inglés testimonia, sin embargo, que este paso no ha estado libre de tensiones y conflictos. Protagonistas indiscutibles del enfrentamiento entre el esclerotizado *common law* y la emergente jurisdicción de *equity* fueron, por un lado, Sir Edward Coke, *Chief Justice* del *King's Bench*, que estaba aliado con los barones del Parlamento y fue el paladín de la *rule of law*, en

nombre de la que el Rey no tenía autoridad para participar en las decisiones de "sus" tribunales (*Case of prohibition*, 1608); por el otro, cancilleres como Ellesmere y Francis Bacon, que consintieron las interferencias en la jurisdicción de los tribunales del *common law*, hasta inducir a Jacobo I a adoptar, en 1616, una medida que reconoció como lícitas las pretensiones de los jueces de *equity*.

Sin embargo y precisamente a partir de Bacon, los cancilleres se vieron obligados a observar cierto auto-control (*self-restraint*) en el ejercicio de su jurisdicción; hasta que en 1676, el canciller Lord Nottingham estableció que la conciencia del juez de *equity* debía considerarse no interna, sino "civil y política"; en suma, como "*equity follows the law*", el Canciller tiende a decidir no tanto en nombre de la ley moral, cuanto sobre la base de motivaciones jurídicamente relevantes.

De ese modo, se pusieron los fundamentos para una coexistencia entre el *common law* y la *equity*; que supone todavía hoy una de las señas de identidad del sistema del *common law* y le otorga una singular estructura dual.

6. Jurisdicción y legislación

Si se observa la historia del Derecho inglés desde la perspectiva de la comparación entre fuentes del Derecho, la idea clásica que se extrae de ello es la de un *common law* casi exclusivamente basado en el Derecho jurisprudencial. Sin embargo, el Parlamento no dejó de intentar imponerse como legislador supremo.

No obstante, fue durante el reinado de los Tudor cuando se reconoció el valor de la producción legislativa parlamentaria y fue en aquel período cuando la legislación del *common law* asumió las características de modernidad que todavía hoy se constatan⁽⁵⁵⁾.

(55) Durante el reinado de Enrique VIII (1509-1547) se aprobó un número de *statutes* igual al de los doscientos cincuenta años precedentes

En particular, los *statutes*, de meras instrucciones informales dirigidas a jueces y súbditos, que dejaban un amplio margen de discreción a las Cortes, cambiaron su estructura y adquirieron los caracteres de un detallado análisis de los supuestos de hecho previstos, y se les añadieron listas de reglas y excepciones, a las que los jueces debieron atenerse ⁽⁵⁶⁾.

Los *statutes* empezaron a ser impresos y publicados, para asegurar su autenticidad y aplicación. Los mismos *bills*, aun cuando mantuvieron la forma de una petición, asumieron la estructura y la articulación de verdaderos y auténticos proyectos de ley.

A pesar de tales cambios, todos conducentes a considerar al Parlamento cada vez más como legislador, siguió siendo percibido como un tribunal de justicia ⁽⁵⁷⁾, de acuerdo con la imagen que se había consolidado del mismo desde la época medieval. Un tribunal que era capaz, por el *bill procedure*, de remediar los problemas o injusticias ante las que la justicia del *common law* parecía desarmada por la rigidez y formalidad de sus protocolos, férreamente estratificados con el paso del tiempo.

No puede provocar asombro, en consecuencia, el hecho de que, en el sistema de fuentes del *common law*, la distinción entre legislación y decisión judicial haya tardado en asumirse de forma plena. En este sentido, supuso una contribución importante la formalización (a mediados del siglo XIX) de la actividad judicial desarrollada por el Parlamento exclusivamente por los *Lords* ⁽⁵⁸⁾.

(56) Plucknet, T.F.T.: *Dr. Bonham's Case and Judicial Review*, en *Harvard L. R.*, 1926; ÍD.: *A concise History of the Common law*, Boston, 1956.

(57) Arnolds, J. H.: *Statutes as Judgements: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medioeval England*, en *U. Pa. L. R.*, 1977, págs. 329 y sgts.

(58) Hasta ese momento, los *Lords* actuaban en sede judicial como si fuesen una comisión del órgano legislativo, con lo que contribuían a confirmar la idea de que desarrollaban una función mixta entre legislativa y

La historia del Derecho inglés conoció una época de profundas transformaciones entre los siglos XIX y XX⁽⁵⁹⁾. Bajo el influjo del pensamiento de Jeremy Bentham y el triunfo de la idea de democracia, la actividad legislativa disfrutó de un desarrollo sin precedentes, que introdujo reformas radicales en el sistema del *common law* y, entre otros, en el mismo sistema judicial.

Entre 1873 y 1875, a través de varias *Judicature Acts*, se suprimió la distinción entre tribunales de *Common law* y tribunales de *Equity* de la Cancillería. En consecuencia, todos los órganos judiciales ingleses se convirtieron en competentes para conocer de cualquier clase de cuestiones, fuesen de *common law* o de *equity*.

Además, la llegada del "Estado del Bienestar" puso en crisis a principios del siglo XX, la elaboración casuística y jurisprudencial, incapaz de satisfacer las exigencias de rápidas transformaciones sociales. Sólo una prolífica producción legislativa y reglamentaria pudo enfrentarse a las nuevas circunstancias; que, al tiempo, ocasionó profundos cambios en la organización del Poder Judicial, como, por ejemplo, el incremento sustancial de los órganos dedicados a la solución de controversias planteadas sobre la base de la nueva legislación⁽⁶⁰⁾.

7. El precedente judicial

El análisis de las fuentes del Derecho en los sistemas del *common law*, tradicionalmente pone de manifiesto que correspon-

judicial. Stevens, R.: *Law and Politics: the House of Lords and Privy Council 1867-76*, Chapel Hill (N.C.), 1978; Van Caenegem, R.C.: *I signori del diritto*, cit., págs. 38 y sgts.

(59) Dicey, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1915.

(60) Street, H.: *Justice in the Welfare State*, London, 1975; White, R.: *The Administration of Justice*, London, 1985.

de un papel de fuente primaria al precedente judicial, al contrario de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*.

Sin embargo, en sentido lato, el precedente judicial no es desconocido en los ordenamientos de origen romano. Por el contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental.

Lo que de verdad marca la diferencia en los sistemas del *common law* se halla en el valor vinculante del precedente judicial a la luz de la regla *stare decisis*. Conviene, pues, partir de esta regla, en la que parece fundarse el carácter de fuente del precedente. El examen, sin embargo, exige una cierta articulación ya que deben describirse, aunque sea de modo sumario, tanto las descomposiciones que esta regla ha conocido en el tiempo (hasta el punto de crear una suerte de subsistema de fuentes), como los muchos valores y significados que se han atribuido a la regla en los principales sistemas de *common law* (Gran Bretaña y Estados Unidos) y que trazan una línea fronteriza entre la teoría clásica y la teoría moderna del precedente.

8. "*Stare decisis et non quieta movere*"

La respuesta a la preocupación de los juristas positivistas respecto de la certeza del Derecho, se ofrece, en los sistemas del *common law*, mediante la regla "*stare decisis et non quieta movere*" ⁽⁶¹⁾. Indica la obligación jurídica del juez de no desatender determinados precedentes judiciales; aunque fueran, a su juicio, injustos o fruto de una lectura errónea de las normas.

(61) Así como la codificación omnicompreensiva, les parecía a los juristas continentales la respuesta adecuada a la cuestión de la certeza del Derecho.

Es fácil darse cuenta de que, tras esta máxima –que ciertamente une los sistemas del *common law*– se esconden múltiples y complejos problemas acerca del valor y el sentido que se atribuye a la misma, que, sin embargo, no aparecen de forma unívoca en las distintas experiencias jurídicas.

De manera general, se acepta que la regla del *stare decisis* presenta un valor doble: horizontal, en el sentido de que impone que todo tribunal debe seguir sus propios precedentes; y vertical, en tanto que obliga a los demás tribunales a someterse a los precedentes dictados por el tribunal jerárquicamente superior.

En cuanto a la primera acepción de la regla *stare decisis*, no parece que haya vinculado nunca la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. También, la Cámara de los *Lords* se ha desentendido formalmente de tal obligación (1966). Los tribunales intermedios, aunque con cierta elasticidad, tienden a observar el vínculo horizontal del *stare decisis*.

Ahora bien, la cuestión presenta un punto de verdadero interés por el hecho de que enlaza directamente con la función creadora del Derecho. La cultura jurídica anglosajona ha recurrido a la llamada “teoría declarativa del *common law*” para explicar el papel desempeñado por los jueces. De acuerdo con esta interpretación, la tarea del juez es *jus dicere* y no *jus dar*. Consecuentemente, cuando el juez formula una decisión no crea Derecho, sino que se limita a sacar a la luz lo que el Derecho *es* o, lo que es lo mismo, invoca la costumbre antigua y espontánea que está vigente desde tiempo inmemorial (*ab immemorabilia*).

Blackstone, como ningún otro, puso en evidencia los dos corolarios –por lo demás antitéticos– derivados de la teoría declarativa del *common law*.

Por un lado, si es cierto que el juez se limita a descubrir la costumbre inmemorial; entonces, es inmutable y, en cuanto tal, vinculante para la tramitación de la decisión que ha exigido su

concurso. En consecuencia, es válida como precedente. Sería errónea, pues (como resultado *ab iniuria*), la decisión que sucesivamente se alejara del precedente.

Por otro lado, si es cierto que la decisión jurisprudencial tiene una mera función declarativa –y no creativa– del Derecho, no puede excluirse la hipótesis de que sea fruto de una declaración errónea; y, por tanto, que fuere devuelta *ab iniuria*. En este supuesto, no se colige la razón por la que un juez que actúe con posterioridad, sobre la base de mejores y más fundados argumentos jurídicos, no pueda corregir el precedente ⁽⁶²⁾.

Desde el plano de las fuentes del Derecho, el punto de conexión entre ambos corolarios, que hace coherente al sistema, se explica desde la altísima consideración en que se tenía el valor persuasivo de la decisión judicial ⁽⁶³⁾. En virtud de ello, un cambio de la jurisprudencia sólo se justifica como corrección de un error del precedente; porque, a partir de nuevos y acertados razonamientos, se comprueba que el Derecho no era lo que se pensaba que fuese.

De lo dicho deriva que, por su misma naturaleza, la negación del precedente (*overruling*) tiene eficacia retroactiva.

Si ahora se observa el componente vertical de la regla *stare decisis*, debe señalarse que la organización jerárquica de los tribunales, establecida en Inglaterra por las *Judicature Acts*, determinó en no poca medida, en el curso del siglo XIX, la rigidez de la obligación que nace de la regla *stare decisis*. Negar o alejarse de un precedente equivale a crear Derecho. Porque la función legislativa requiere el concurso, junto a los *Lords*, de los Comunes y de la Corona, los propios *Lords* consideraron, durante casi un siglo, que no debían apartarse de los mismos precedentes.

⁽⁶²⁾ Blackstone, W.: *Commentaries on the Laws of England* (1765), I, Chicago, 1979.

⁽⁶³⁾ Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 105 y sgts.

Sólo en 1966, por una *practice statement* emanada del ejercicio de la potestad de autorreglamentación reconocida a los tribunales, la Cámara de los *Lords*, tras reconocer que una adhesión rígida a los precedentes podría conducir a decisiones injustas, se liberó del vínculo derivado de los propios precedentes ⁽⁶⁴⁾.

9. Las *opinions* de los jueces del *common law* y la teoría clásica del precedente

La *opinion* del juez del *common law* representa, en la decisión judicial, la elaboración, en detalle y profundidad, de una cuestión de Derecho. En ella, el juez no se limita a evidenciar el silogismo judicial, sino que elabora una doctrina que, sobre la base de los *statutes* y de los precedentes, pone a punto una solución que va más allá del caso concreto y se proyecta hacia hipotéticos casos futuros ⁽⁶⁵⁾.

Desde la idea del valor del precedente, sin embargo, no todo cuanto se exponía en la *opinion* podía asumir eficacia vinculante según la regla del *stare decisis*. Se desarrollaron, pues, sutilezas técnicas para la interpretación del texto de las *opinions*, que dieron lugar, en conexión con la consolidación de la misma regla (hacia la segunda mitad del siglo XIX), al desarrollo de una doctrina que los estudiosos califican como *teoría clásica del precedente*.

⁽⁶⁴⁾ Stone, P.: *Precedent and the Law*, Sidney, 1987.

⁽⁶⁵⁾ Mientras en Inglaterra cada juez expresa su propia *opinion*, en Estados Unidos, se encarga a un juez la redacción de la *opinion of the Court*. Sin embargo, en este país, todo miembro del tribunal puede manifestar su propia opinión (*dissenting opinion*) y, de ese modo, consigue que sus razonamientos, contrarios a la opinión de la mayoría (*concurring opinion*), se publiquen en los *reports*, con las repercusiones innegables que ello tiene en la consideración del precedente. Cfr. Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 111.

Elaborada principalmente en Estados Unidos⁽⁶⁶⁾, se difunde luego por Inglaterra, contribuyendo, en los años 30 del siglo XX, a dar su máximo rigor a la regla del precedente vinculante.

La teoría que examinamos, traza claramente la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.

La *ratio decidendi* constituye la regla general, el principio jurídico subyacente, que, aplicado a los datos probados, determina la decisión del caso concreto. Pese a que está íntimamente relacionada con los hechos expuestos ante el tribunal, es susceptible, sin embargo, de abstracción y generalización en forma de proposición jurídica⁽⁶⁷⁾.

En consecuencia, la *ratio decidendi* se presta a ser extraída del caso invocado como precedente. El procedimiento de identificación, que corresponde al tribunal que debe adecuarse al precedente, consta, según la teoría en examen, de dos fases: la primera consiste en la individualización, por el método inductivo, del principio jurídico que ha determinado la decisión, liberándolo de los *obiter dicta* que pueda haber. En la segunda fase, se emplea el método deductivo y consiste, al revés de lo que sucede en la aplicación, en fijar la nueva *ratio decidendi* para el supuesto de hecho pendiente.

Los *obiter dicta* (o *gratis dicta*), pues, representan la parte de la decisión que no es reconducible a la *ratio decidendi* y cuya autoridad es apreciable en términos de doctrina jurídica.

Una segunda distinción-contraposición de la que se vale la teoría clásica es la que hay entre *decision* y *opinion*.

⁽⁶⁶⁾ Wambaugh, J.: *The Study of Cases*, St. Paul (Minn.), 1894; Black, C.L.: *Law and Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), 1912.

⁽⁶⁷⁾ Salmond, H.: *Jurisprudence*, Bombay, 1985.

La *opinion* consiste en los argumentos de que se valen los jueces para motivar la decisión misma. La *opinion*, por tanto, no debe ser confundida con la *decision*: esta última crea el precedente, no la primera. Además, la presencia de frases que expresan la *opinion* del juez, es completamente irrelevante en cuanto al valor de la *decision*. De hecho, entre las dos podría no haber congruencia lógica, lo que, en todo caso, no impediría que la *decision* produjese su efecto vinculante. En otras palabras, el juez sólo puede hacer vinculantes sus afirmaciones si forman parte de la *ratio decidendi*.

Para la doctrina del *stare decisis*, el tribunal llamado a aplicar un precedente, una vez extraída la *ratio decidendi*, quedará vinculada por la *legal rule* que la misma *ratio* lleva consigo.

Ahora bien, según la teoría clásica, pueden preverse límites al valor vinculante del precedente. Idea que se acepta ante todo por la sencilla razón de que, en la realidad, es harto difícil que se presenten dos casos exactamente idénticos.

Se ha dicho que la *ratio decidendi* debe extraerse del precedente y ha de ser interpretada en estrecha conexión con el caso sobre el que se decida. Pero no puede excluirse que, una vez dilucidada la norma jurídica que fundamenta la *ratio* del precedente, el tribunal estime esa decisión como no precedente con respecto del caso pendiente. Basta, para tal propósito, que el tribunal demuestre la existencia de diferencias de hecho que justifiquen una *distinción* y, por consiguiente, una decisión distinta y la aplicación de nuevas reglas jurídicas.

El poder de distinguir (*distinguishing*) es propio de los sistemas basados en la regla del *stare decisis*: ello permite determinar la *legal rule* establecida por el precedente. La teoría clásica admite también que un tribunal desatienda el precedente interno a la propia jurisdicción, incluso fuera de los casos de *distinguishing*.

Ya se ha señalado que, a partir de 1966, los *Lords of Appeal in Ordinary*, incluso respetando los derechos adquiridos, no volvie-

ron a considerarse ligados al deber de adecuarse a sus propios precedentes. Así sucede con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que no estima que esté obligado por la regla del *stare decisis* respecto de su propia jurisdicción; mientras que considera que los otros jueces (estatales y federales) sí están vinculados por sus decisiones.

El *overruling* expulsa el precedente de las fuentes del Derecho en favor de una nueva *legal rule*. No obstante, para que este efecto se produzca, debe fundarse en argumentos consistentes. La cuestión es pacífica cuando el precedente refiere una situación "abiertamente absurda o equivocada". En tal caso, el juez posterior de igual grado puede ejercer legítimamente el poder de *overruling*⁽⁶⁸⁾. En cambio, la cuestión se complica de forma considerable cuando la decisión que constituye el precedente no parece viciada por error alguno, ni es absurda y, sin embargo, de aplicarse, daría lugar a un resultado injusto.

La teoría clásica ha señalado algunas áreas del Derecho donde la regla *stare decisis* no admite derogación alguna. Así sucede generalmente en las llamadas *rules of property*, donde la exigencia de certeza respecto de las posiciones jurídicas subjetivas impone una rigurosa aplicación del precedente judicial. El mismo rigor impera en lo que se refiere a las *rules of contract* y a las *rules of procedure*⁽⁶⁹⁾. La preocupación que reside en la base de esta exigencia se encuentra en la capacidad retroactiva de las decisiones del *common law*. El *overruling*, pues, vendría a configurarse como

(68) Si el siguiente juez fuese de grado inferior, no podría sustraerse a la regla *stare decisis*, a menos que se valiera del *distinguishing* con éxito. De todos modos, aun aplicando el precedente, podría indicar sus motivos de crítica en la *opinion*, que adquirirían un valor doble: por una parte, como alegación en favor del condenado y, por otra, como mensaje al juez superior.

(69) Larremore, C. J.: *Stare Decisis and Contractual Rights*, en *Harvard L. R.*, 1908.

un tipo de "*ex post facto*" law⁽⁷⁰⁾. Menor resistencia encuentra el *overruling* en el área de la *law of torts*⁽⁷¹⁾ y, por eso, se presta una menor atención a los precedentes. La razón es bien sencilla: se debe a la enorme dificultad de que se presenten dos supuestos de hecho idénticos en la realidad.

Y por eso es más fácil el *overruling* respecto de aquellos precedentes cuya decisión se fundamenta en cuestiones de *public policy*⁽⁷²⁾.

10. Recientes tendencias en la teoría del precedente

La moderna doctrina del precedente ha venido individualizando una serie de técnicas, desarrolladas en la jurisdicción del *common law*, que parece interpretar la regla *stare decisis* de una manera distinta a lo que se ha dicho hasta ahora.

A título meramente de ejemplo, se considera que un caso puede ser *harmonized*, cuando el juez posterior atenúa las diferencias que habrían podido, al menos en apariencia, justificar un *distinguishing*, adaptando así el *common law* al supuesto de hecho en discusión.

(70) Cardozo, B.: *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921.

(71) La *law of torts* nace de la consolidación a lo largo de los años, por medio de una jurisprudencia reiterada, de una compleja serie de figuras sencillas de *torts* (ilícitos); lo que evidencia la ausencia de una teoría general del acto ilícito. La *law of torts* tiene una esfera de aplicación que comprende el ilícito civil en el Derecho privado; pero también incluye algunos supuestos de hecho que, en un sistema de *civil law*, se incluirían dentro de los ilícitos penales.

(72) En el caso de los Estados Unidos, juega a favor el hecho de tener una Constitución escrita, que, articulada sobre reglas generales de considerable valor político, se presta mal a una interpretación rigurosamente extraída del precedente. El mismo Tribunal Supremo parece tener predilección, habida cuenta de sus decisiones, por desempeñar un papel protagónico en el proceso político.

El caso, además, puede ser criticado (*criticized*) por un juez que, no obstante, declara que no puede desvincularse del precedente; podrá ser limitado (*limited*) por el juez posterior que quiera adoptar una interpretación restrictiva del precedente respecto de los hechos sobre los que debe decidir; o bien, el precedente podrá ser cuestionado (*questioned*), porque se duda de su autenticidad o rigor científico.

Por otro lado, no poco peso han asumido los jueces discrepantes. Su voto particular (*dissenting opinion*) debilita la decisión de la mayoría y, con el tiempo, el grado de erosión que causa puede provocar la superación del precedente.

Admitidas estas técnicas, no hay duda de que la regla del *stare decisis* sufre una significativa reinterpretación. Un caso que sea frecuentemente *criticized*, *questioned*, *distinguished* tiene más probabilidades de sufrir el *overruling* de lo que siempre lo tiene un caso que se resuelve no tanto por el vínculo burocrático y positivista del precedente, sino por el conocimiento que alberga. Desde esta óptica, la teoría moderna del precedente ha extendido la tipología del *overruling*, hasta determinar unos casos de *anticipatory overruling* y de *prospective overruling*.

El *anticipatory overruling* es una técnica difundida principalmente en los Estados Unidos, pero no del todo desconocida en Gran Bretaña. Se basa en la absoluta fidelidad de los tribunales inferiores a los precedentes del Tribunal Supremo. El *activismo* de este Tribunal (periodo que se inauguró a partir de los años cuarenta, con la actitud de los miembros designados por Roosevelt decididos a hacerlo protagonista) se manifestó principalmente en cambios jurisprudenciales sobre temas cruciales, como la legislación social, la segregación racial, y los derechos civiles y políticos. Estos cambios, sin embargo, no se expresaron mediante *overruling* explícitos, sino que el Tribunal prefirió mantener formalmente el propio precedente, pero vaciándolo de sus fundamentos teóricos.

Cuando se debate uno de estos casos, un tribunal inferior puede desatender el precedente del Tribunal Supremo, basándose en que, si se atiende a las decisiones del mismo, es razonable creer que el propio Alto Tribunal no seguirá en el futuro ese precedente ⁽⁷³⁾. En consecuencia, el *anticipatory overruling* (o *anticipatory stare decisis*) se basa en un principio del *stare decisis* que se entiende derivado no de decisiones anteriores, sino de decisiones futuras.

Naturalmente, la tendencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a enfrentarse con temas políticos y la relevancia que se da a las opiniones políticas de sus miembros, hace posible proyectar hacia el futuro –de forma razonable– el vínculo jurisdiccional.

La misma proyección de futuro, aunque justificada de otra manera, se resuelve mediante otra técnica, conocida como *prospective overruling*. Ésta consiste en la posibilidad que tiene un juez de modificar un precedente que crea inadecuado ante la evolución previsible del supuesto de hecho que se discute, *pro futuro*, es decir, para los casos que se presentarán de allí en adelante. El caso pendiente, sin embargo, se decide desde el precedente, aunque se estime superado.

La mejor doctrina no ha dejado de poner en evidencia que semejante planteamiento contradice la esencia misma de la regla *stare decisis* de acuerdo con su formulación clásica. Según ésta, el juez que decide una causa no crea nuevo Derecho, sino que aplica el Derecho existente; además, el valor vinculante atañe a la *ratio decidendi* y no, por el contrario, al *obiter dictum*.

Las razones que han impulsado a los tribunales estadounidenses a elaborar una técnica semejante, se explican por la exi-

⁽⁷³⁾ Note, H.: *The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century*, en *Yale L.J.*, 1974, págs. 172 y sgts.

gencia de tutelar las expectativas de la parte que ha puesto su confianza en el precedente. Con el *prospective overruling*, en la práctica, se quieren proteger aquellas situaciones jurídicas subjetivas (especialmente si se refieren a la propiedad o a los contratos) que resultarían de otro modo perjudicadas como consecuencia de la innovación jurisprudencial. Al mismo tiempo, no se quiere renunciar a la necesaria adecuación de la regla jurídica a las cambiantes condiciones de hecho. De este modo, se armonizan exigencias tan dispares como la continuidad y la evolución del Derecho ⁽⁷⁴⁾.

11. La legislación en los sistemas del *common law*

La expresión "legislación" referida a los sistemas del *common law* puede ser utilizada, en sentido lato, para comprender el conjunto de fuentes que presentan forma escrita, cuya producción se ha realizado por órganos expresamente destinados para ello.

Respecto del Derecho jurisprudencial, que constituye la estructura sobre la que se apoyan los sistemas del *common law*, el *corpus* de las leyes y de los actos legislativos en sentido amplio y reglamentarios asume –según la idea clásica– un papel supletorio.

Dicho de modo más preciso, el *statute*, incluso después de haber sido promulgado, queda de alguna manera suspendido hasta que un juez no proceda a su primera aplicación a un caso. Así, convertido en parte de una decisión jurisprudencial, el *statute* entra en el circuito del *case law*. Por efecto, pues, de la primera aplicación jurisprudencial, el *statute* asume el papel, sustancial y no sólo formal, de fuente del Derecho no en cuanto acto legislativo, sino en cuanto elemento constitutivo de la *ratio decidendi* ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Wigmore, J.H.: *Evidence in Trials at Common law*, Boston, Toronto, 1976.

⁽⁷⁵⁾ David, R.; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., págs. 377 y sgts.

En lo que se refiere a la producción legislativa, las fuentes constitucionales desempeñan un papel particular, al que conviene dedicar una breve reseña.

12. Fuentes constitucionales

Las fuentes constitucionales, o *constitutional law*, de los sistemas del *common law* presentan, desde el plano material, diversos puntos de contacto con sus homólogas de los sistemas del *civil law*.

En concreto, en aquellos ordenamientos donde está vigente una Constitución rígida y jerárquicamente supraordenada a las fuentes ordinarias, el texto constitucional es fuente del Derecho en la medida que establece una disciplina sobre las modalidades de producción de las restantes fuente-acto (*statutes, acts* de otra naturaleza, etc.)

Sin embargo, si, por un lado, es cierto que la producción legislativa representa un complemento de la espina dorsal del *common law* (es decir, del Derecho jurisprudencial); por el otro, la *constitutional law* representa—según una conocida definición—“un sistema de reglas referido a la organización y funciones de los órganos fundamentales del Estado, a sus relaciones recíprocas y a las relaciones entre tales órganos y los sujetos privados”⁽⁷⁶⁾.

Ahora bien, en los países del *common law* donde se ha consolidado y desarrollado un constitucionalismo escrito (con el instituto conexo de la *judicial review*), parece que se registra—desde este punto de vista—una similitud con la familia del *civil law*. La Constitución de los Estados Unidos (aprobada por la Convención de Filadelfia en 1787) constituyó el prototipo de Constitución escrita a imitar para muchos países del *common law*. La difusión en aquellos países de este modelo de Constitución escrita, acabó por marcar una diferencia radical con el sistema jurídico inglés.

⁽⁷⁶⁾ Dalton, P.J.; Dexter, R.S.: *Constitutional Law*, London, 1976.

Singular, en efecto, resulta la situación en el sistema británico, donde, como es sabido, no existe una verdadera Constitución escrita, en el sentido de documento formal y unitario que reúna los principios organizadores del Estado-persona y del Estado-comunidad.

Al contrario, se compone de un complejo de actos y documentos a los que se reconoce relevancia constitucional, que, a su vez, están integrados por convenciones constitucionales, es decir, por normas de Derecho público no escrito.

En cuanto a las leyes, deben recordarse, al menos, la *Magna Charta Libertatum*, concedida en 1215 por el Rey Juan sin Tierra a sus barones; las *Confirmatio Chartarum* de Eduardo I (1297); la *Petition of Rights* (1628); la *Habeas Corpus Act* (1679); el *Bill of Rights* (1689); el *Act of Settlement* (1701), modificado por la *Abdication Act* (1936); la *Representation of the People Act* (1867) y las *Parliament Acts* (1911 y 1949).

Sin embargo, estas leyes han resultado insuficientes para disciplinar cumplidamente la compleja área del llamado *government*, es decir, las relaciones entre los órganos constitucionales titulares de la función de dirección política.

En consecuencia, se han venido desarrollando las denominadas *conventions*: reglas que presuponen, a su vez, otras reglas legales y que se dictan para disciplinar posteriormente las actividades de los órganos de Gobierno⁽⁷⁷⁾.

Se trata, en otras palabras, de reglas de comportamiento vinculantes para los órganos constitucionales del Estado; no derivan del Derecho jurisprudencial, ni son impuestas por los ór-

⁽⁷⁷⁾ Hood-Phillips, O.: *Conventions in the British Constitution*, en *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milano, 1970.

ganos judiciales; se trata de normas *extra-ordinem* configuradas para definir el área de la discrecionalidad constitucional⁽⁷⁸⁾.

A título de ejemplo, se refiere la elección del primer ministro británico. En abstracto, el Rey es libre de designar a quien quiera para tal puesto; pero, en realidad, existe una obligación constitucional que impone el nombramiento del líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes. De igual modo, es de origen convencional la obligación que recae sobre el monarca de nombrar a las personas que indique el Primer Ministro como miembros del Gobierno. Y aún hay más: toda una serie de *prerogative powers* (históricamente de la exclusiva competencia de la Corona), también por convención, se ejercen por el Rey de conformidad con las normas del Gobierno británico.

13. *Statute law* e interpretación jurisprudencial

La primera cuestión que debe señalarse es que la tradicional supletoriedad de los *statutes law* respecto de los *case law*, no se puede reducir sin más a una mera cuestión de cantidad o calidad.

Ya durante los reinos normandos y angevinos, la legislación había alcanzado una masa imponente. Sin embargo, es con los Tudor cuando la producción legislativa conoce un desarrollo notable, suscitando al mismo tiempo entre los *common lawyers*, la necesidad de ordenar algunas técnicas apropiadas para la interpretación. Técnicas en las que todavía se trasluce la idea medieval de un juez con funciones de oráculo y, por tanto, dotado de amplios márgenes de libertad frente al contenido de los *statutes*.

Ante la producción legislativa contemporánea, la moderna doctrina del *common law* cae en cierta clase de contradicción: re-

(78) Marshall, G.; Moodie, G.C.: *Some Problems of the Constitution*, cit., págs. 42 y sgts.

conoce la supremacía formal de los *statutes*; pero, luego, afirma la subordinación sustancial de éstos a las normas del *common law*.

La supremacía de los *statutes* derivaría de la posición de absoluta dominación que el Parlamento tiene entre las instituciones inglesas de Gobierno; así como en los Estados Unidos juega a su favor la existencia de una Constitución escrita (sustancialmente un acto de producción legislativa) como *supreme law*.

La misma literatura científica, sin embargo, sustenta la supletoriedad de hecho de los *statutes* que entran a formar parte del *common law* como consecuencia de la interpretación y de la aplicación hecha por los jueces. Su capacidad de innovar el derecho vigente se anuda a la función de mera adecuación del Derecho jurisprudencial a los cambios de las condiciones económicas y sociales ⁽⁷⁹⁾. Adecuación que ocurre mediante un pronunciamiento jurisdiccional (*declaring*): una vez que entra en vigor, la ley forma parte del sistema del *common law* y, por tanto, del *declaring* por la que se aplica.

Como ya ha sido subrayado, "los *statutes* presuponen la existencia del *common law* (...). No constituyen otra cosa que la *addenda* y la fe de erratas del libro del *common law*; y carecerían de significado si no se refiriesen al *common law*" ⁽⁸⁰⁾.

También se ha dicho que, desde hace un siglo, el *common law* ha entrado en la era de los *statutes* ⁽⁸¹⁾, con lo que se quiere poner de relieve algunas características propias de los actuales sistemas del *common law*.

En primer lugar, el triunfo del "Estado del bienestar", tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, ha determinado un

⁽⁷⁹⁾ Calabresi, G.: *A Common law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.)-London, 1982.

⁽⁸⁰⁾ Geldart, W.: *Elements of English Law*, London, 1975.

⁽⁸¹⁾ Calabresi, G.: *ob. cit.*, págs. 11 y sgts.

tipo de "*orgy of statute making*" ⁽⁸²⁾ en cuanto a la creación de nuevas instituciones sociales y de redistribución de los recursos.

Esta ingente producción legislativa es consecuencia de los límites estructurales del Derecho jurisprudencial: los tribunales no pueden crear instituciones ni redistribuir riqueza.

No obstante, sigue en pie la idea, que frente a esta enorme producción legislativa, los *statutes* mantienen naturaleza de enmiendas, también con contenido derogatorio, del sistema del *common law* y que, por tal razón, tienen carácter excepcional.

Esta interpretación ha hecho que los *statutes* en general y, en especial, las llamadas *law reform* ⁽⁸³⁾, se confeccionen, desde la idea del *drafting*, con sumo detalle, con una puntillosa formulación lingüística y, en algunos pasajes, hasta con prolijidad. Con ello, se persigue estrechar el margen de libertad de los jueces en la interpretación de los propios *statutes*; en suma, disminuir el riesgo de que se deje sin valor la reforma introducida.

En este sentido, los *common lawyers* ingleses han dictado algunas reglas de *statutory interpretation* (o *statutory construction*) ⁽⁸⁴⁾.

El primer criterio de interpretación de los *statutes* es la interpretación literal (*litteral interpretation*). La fidelidad al texto, defendida por los *common lawyers*, implica la exclusión de técnicas de interpretación como la analogía o el recurso a los trabajos preparatorios para reconstruir cuáles eran las intenciones del legislador ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ Gilmore, G.: *The Ages of American Law*, New Haven, 1977.

⁽⁸³⁾ Se trata de leyes de contenido amplio, que el legislador, inglés o norteamericano, emplea para reformar sectores enteros del Derecho de modo coherente y orgánico. Es el caso, por ejemplo, de la *Law of Property Act* inglesa de 1925 o del *Uniform Commercial Code* estadounidense.

⁽⁸⁴⁾ Cross, A.R.: *Statutory Interpretation*, London, 1987.

⁽⁸⁵⁾ Maxwell, P.B.: *The Interpretation of Statutes*, London, 1969.

Sin embargo, cuando el acto legislativo presenta un contenido meramente declarativo y no innovativo del *common law*, se admite la interpretación analógica.

En Inglaterra, por otro lado, se permite el recurso a la llamada *golden rule* en la interpretación. Este principio general consiste en que no puede atribuirse un sentido contrario al sentido común a las palabras de la ley.

En Estados Unidos, la presencia de una Constitución escrita (suprema respecto de cualquier otra fuente) ha provocado una lectura particular de la teoría de la interpretación. Dos escuelas del pensamiento se enfrentan desde siempre, con posiciones alternas, a la hora de interpretar esa Constitución: de un lado, la que cree necesario partir del *original intent* de los padres constituyentes; del otro, la que cree decisiva una interpretación evolutiva, que asegure al texto constitucional una validez política permanente.

Por otro lado, en lo que se refiere a la legislación, el juez norteamericano no encuentra límites cuando investiga la intención del legislador o los trabajos preparatorios de las normas: al revés, la *policy* (el contenido político del Derecho subyacente de los *statutes*) es un terreno abonado para la discrecionalidad del juez. Basta pensar en las posibilidades de desarrollo de cierta *policy* mediante una interpretación extensiva del acto legislativo. O, al revés, en la posibilidad de que un juez declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.

En resumen, en el mundo del *common law*, se presentan dos actitudes ante la interpretación de los actos legislativos, cuyo expresión prototípica se halla en los dos modelos de referencia (el inglés y el estadounidense).

En Inglaterra, se considera que el *statute* es un elemento extraño al *common law*, que sólo entra a formar parte del mismo por el *declaring*. Además, el *statute* tiene que recibir una inter-

pretación sustancialmente restrictiva para moderar su incidencia en el Derecho jurisprudencial. Al mismo tiempo, sólo se reconoce preeminencia sobre el precedente jurisprudencial a la letra del acto legislativo (autoridad superior que deriva del *statute* por el reconocimiento de la soberanía del Parlamento, en tanto que órgano legitimado para superar los precedentes que se consideran equivocados).

En los Estados Unidos, en cambio, el control difuso de constitucionalidad induce al juez a no fijarse en el Parlamento como en el soberano absoluto, sino que, siguiendo la estela de las sentencias del Tribunal Supremo, se viste de "ingeniero social", lee críticamente la *policy* en la que se inspiran los diversos *statutes* y acaba por expresar su adhesión o su rechazo al *criterio*, extensivo o restrictivo, de interpretación y aplicación de la ley.

Y de este modo, los *statutes* se insertan en el mismo circuito del *common law*, y no como en Inglaterra, en un circuito alternativo⁽⁸⁶⁾.

14. Legislación secundaria o *subordinate legislation*

El "Estado de Bienestar" no sólo ha causado una copiosa producción legislativa, sino también de actos normativos subordinados o secundarios.

Las intervenciones correctivas, especialmente en el sistema económico, han supuesto una notable producción de normas de contenido administrativo; lo que ha creado no pocos problemas a los *common lawyers* por la interpretación clásica que niega la existencia en Inglaterra de un Derecho Administrativo de tipo continental. Se han desarrollado, no obstante, muchas formas de normación secundaria que es oportuno reseñar brevemente.

(86) Atiyah, P.S.: *Common law and Statute Law*, en *Modern L. R.*, 1985, págs. 1 y sgts.

En primer lugar, están las varias subespecies que se manifiestan a través de la *delegación legislativa*. Sobre la base de tal instituto, el Parlamento puede delegar en otros sujetos o entes el poder de hacer normas —que, en su momento, adoptarán las formas de *order*, *regulation* y *rule*—. En el campo de la *delegated* o *subordinated legislation*, se distinguen algunos instrumentos que tienen en común el hecho de otorgar al Gobierno la potestad normativa. En particular, los ministros pueden adoptar por sí solos *statutory instruments*, es decir, decretos legislativos a partir de una expresa delegación legislativa o *enabling act*. Por la *Statutory Instrument Act* de 1946, el poder de promulgar *orders*, *rules* o *regulations* por delegación corresponde al Rey, oído el parecer del Consejo Privado (por medio de las llamadas *orders in Council*); o a los ministros de la Corona (por medio, como se acaba de decir, de los *statutory instruments*). Sobre la legislación delegada, el Parlamento de Westminster ejerce un control de tipo preventivo o posterior. Según los casos, pues, el acto de control operará, respectivamente, como condición suspensiva de la eficacia del acto normativo; o bien como condición resolutive del mismo.

Entre los actos de legislación secundaria más característicos de Gran Bretaña, deben mencionarse los *bylaws*: se trata de actos normativos secundarios, dictados por las autoridades locales u organismos independientes, sujetos a la aprobación de un departamento gubernativo; y cuya legitimidad formal y material es controlada por los tribunales.

En los Estados Unidos, como generalmente ocurre en los sistemas del *common law*, los órganos de Gobierno tienen la potestad de dictar actos normativos desprovistos de fuerza de ley (*executive orders*), que se suman a los actos “secundarios” de entes locales y entes independientes (*Agencies*, *Independent Regulatory Commissions*, etc.) Sin embargo, cuando la aprobación de tales actos sea consecuencia de una delegación del Congreso, adque-

ren fuerza y rango de ley (*forces and effect of law*), es decir, eficacia *erga omnes* y valor de ley⁽⁸⁷⁾.

En el ordenamiento de los Estados Unidos, además, se admite como legítimo que el Ejecutivo sancione reglamentos y actos con fuerza de ley. En este sentido, la jurisprudencia ha subrayado que tal potestad normativa primaria del Ejecutivo debe ser entendida en sentido funcional; es decir, como ejercicio de poderes instrumentales (*implied powers*) al servicio de los *enumerated powers*.

En la misma área de los *implied powers*, la doctrina y la jurisprudencia introducen la llamada *emergency legislation*, indispensable —en determinadas circunstancias— para el ejercicio de las actividades de Gobierno (estado de guerra, crisis económica o social).

También se incluye en la legislación secundaria la denominada *contingency legislation*. Consiste en una deliberación del Congreso sobre un determinado *statute*, que tiene que ver con la verificación de un acontecimiento incierto⁽⁸⁸⁾, cuya entrada en vigor se pospone y se deja al criterio del Presidente.

(87) Patrono, M.: *Le leggi delegate in Parlamento. Analisi comparato*, Padova, 1981.

(88) Cfr. Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti anglosassoni*, cit., pág. 225.



Angelo Rinella y Domingo García Belaunde en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica -(LUMSA)-, (Roma, 20 de enero de 2003).