

LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS EN LA COMMON LAW: UN ANÁLISIS EN CLAVE ROMANÍSTICA*

Por

RAMÓN HERRERA BRAVO / MARÍA SALAZAR REVUELTA
Catedrático de Derecho romano / Catedrática de Derecho romano
Universidad de Jaén / Universidad de Jaén

rherrera@ujaen.es / msalazar@ujaen.es

Revista General de Derecho Romano 35 (2020)

RESUMEN: Un análisis de las categorías jurídico-privadas de la Common Law, desde la perspectiva del jurista continental, tomando como referencia la influencia del Derecho Romano y del Derecho Canónico en la evolución del ordenamiento jurídico inglés en su ámbito privado. Sin obviar la particularidad de algunas instituciones genuinamente anglosajonas.

PALABRAS CLAVE: Common Law; Civil Law; Equidad; Propiedad; Hereditas; Writ; Ilícito; Trust.

SUMARIO: I. La aproximación entre Civil Law y Common Law. - II. Algunas influencias del Derecho romano en la Common Law. - III. Propiedad y derechos reales. - IV. Derecho de sucesiones. - V. Obligaciones y contratos. - VI. Usus y Trust. - VII. Responsabilidad civil. - VIII. Las relaciones familiares. - IX. Observaciones finales.

* El presente artículo se enmarca en una de las líneas de investigación desarrollada por los autores, bajo el título: "Instituciones de Derecho comparado", dentro del Grupo de Investigación interdisciplinar: "Derecho Común Europeo y estudios internacionales" (SEJ 399), dependiente de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Transformación económica, Industria Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía (<https://www.ujaen.es/investigacion-y-transferencia/grupos-de-investigacion/derecho-comun-europeo-y-estudios-internacionales>).

Con él queremos contribuir al homenaje que el profesor Antonio Fernández de Buján ha tenido a bien brindar, dedicando este número especial de la RGDR, al profesor Enrique Gómez Royo (Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Valencia), tristemente fallecido el presente año. Sus valiosas aportaciones a diferentes ámbitos en la investigación del Derecho romano y, en especial, del Derecho bizantino, lo sitúan como referente indiscutible, dentro de la romanística patria, en el conocimiento de las fuentes jurídicas de este período histórico, a las que consagró su estudio infatigable en sedes como el Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte o el Leopold Wenger Institut de la Universidad de Munich. A esta última no dejó de ir cada verano abriendo sus puertas a discípulos, jóvenes investigadores y compañeros que tuvimos la suerte de trabajar con él. En nosotros, no sólo quedará el valor de su obra científica, sino el recuerdo imborrable de una persona que fue -como dijera el poeta A. Machado- "en el buen sentido de la palabra, bueno".

PRIVATE-LEGAL RELATIONSHIPS IN COMMON LAW: AN ANALYSIS IN ROMANISTIC TERMS

ABSTRACT: A journey throughout the Common Law legal-private categories from a continental jurist perspective. The analysis values the influence of Roman and Canon Laws on the evolution of the english legal order in its private field without obscuring the peculiarities of other genuine anglosaxon institutions.

KEYWORDS: Common Law; Civil Law; Equity; Property; Hereditas; Writ; Tort; Trust.

I. LA APROXIMACIÓN ENTRE CIVIL LAW Y COMMON LAW

Cuando se acomete el análisis de las relaciones jurídico-privadas en la Common Law desde la perspectiva continental se deben tener en consideración algunas premisas características de este sistema como la no división entre Derecho público y Derecho privado, además de la particularidad consistente en que las tradicionales ramas del Derecho: civil, mercantil, administrativo, etc., tampoco encuentran su reflejo¹. Además, muchas de las categorías jurídicas y su terminología resultan extrañas al lenguaje del Civil Law: “trust”, “bailment”, “estoppel”, “consideration”, “trespass”... Se trata de una terminología jurídica diferente que compone un vocabulario desconcertante en clave romanística. En ocasiones, son palabras o expresiones algo equívocas, ya que, por ejemplo, “Civil Law” no significa Derecho civil y “Common Law” no quiere decir Derecho común.

Como advertimos, en el sistema del Civil Law se procede a una ordenación lógico-sistemática de las diferentes ramas del Derecho², mientras que en el Common Law la ordenación de las categorías jurídicas se encuentra muy condicionada por el procedimiento judicial. Éstas se construyen sobre los distintos tipos de acciones (“writs”) que podían plantearse en los tribunales del rey. Por consiguiente, en el Common Law, el Derecho privado no es contemplado como un sistema, dado que sus diferentes ramas jurídicas son presentadas como compartimentos estancos con escasos datos sobre sus mecanismos de formación³. Como señala Agustín Luna: «las categorías no se configuran

¹ Una visión de los modelos jurídicos en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum, Ius commune*. Common Law. Civil Law”, *Glossae: European Journal of Legal History*, 13, 2016, pp. 275-306.

² Sobre las categorías jurídicas en el ámbito continental, vid. LIPARI, N., *Las categorías del Derecho civil* (trad. y prol. Agustín Luna Serrano), Madrid, 2016.

³ Sobre los orígenes romanos de ciertas categorías jurídicas y ramas del Derecho, vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La sistemática y el *Ius civile* en las obras de *Quintus Mucius Scaevola* y de *Accursio*”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 2002, pp. 57-80; ID. “Clasicidad del Derecho fiscal romano”, *Revista Jurídica da FA7 (Ejemplar dedicado a temas de Direito Privado, un homenagem ao professor Agerson Tabosa)*, vol. 7, nº1 (enero-dic),

desde arriba como se ha entendido tradicionalmente, sino desde abajo, a partir de las realidades sociales y económicas a las que las mismas se refieren»⁴. En particular, para Luigi Moccia, el jurista continental parte de un mundo de rigor teórico y sistemático, simple y ordenado con arreglo a la Codificación y cuando se enfrenta a la regulación de la materias *ius privatistas* se encuentra «in un mondo dalle apparenze completamente opposte, gravato da tecnicismi e arcaismi, nonchè segnato da anomalie frutto di un accentuato formalismo e tradizionalismo»⁵.

En la cultura jurídica del planeta global y, concretamente, en el ámbito europeo juega un papel determinante -todavía más desde la salida de Inglaterra de la Unión Europea- la *summa divisio*: “Civil law” versus “Common law” y, aunque no tiene un carácter *incomplexu*, quedó bastante perfilada cuando se produce la caída del muro de Berlín y los países pertenecientes al Pacto de Varsovia se reintegraron en la tradición jurídica continental⁶.

Las diferencias son obvias, pero también existen sectores doctrinales que pregonan una labor de acercamiento y entendimiento recíproco⁷. Entre otros destaca la figura de R. Zimmermann, quien considera que: «Inglaterra nunca ha permanecido en completa incomunicación con la cultura occidental, nunca se ha encontrado aislada y siempre ha existido un interesante contacto con el *ius commune*. No se debe tener un planteamiento excluyente, ya que en Inglaterra a partir de la conquista normanda se introducen elementos jurídicos de cultura continental, especialmente el Derecho romano vulgar y sobre todo el Derecho canónico»⁸.

En este debate sobre las aproximaciones y diferencias toma mucha importancia la problemática de la insularidad, pero esta premisa se rompe cuando nos acercamos al tipo de lengua que se emplea en el ordenamiento jurídico inglés. Guido Alpa considera

2010, pp. 299-313; ID. “Sistematización y reconstrucción dogmática del derecho administrativo romano”, *RGDR*, 30, 2018, pp. 1 ss.

⁴ LUNA, A., “Prólogo”, en LIPARI, N. *Las categorías*, cit., p. 17.

⁵ MOCCIA, L., “Il modello inglese di proprietà”, en ALPA, G.- BONELL, M. J. et alii, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2001, p. 35.

⁶ La literatura sobre el Brexit es amplísima e inabarcable. Vid., como ejemplo, el número monográfico del *Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 64, noviembre 2016. Dicha cuestión ha sido tratada en clave romanística por MURILLO VILLAR, A., “El Brexit: todo un reto para el Derecho romano”, *RIDROM*, 23, octubre 2019, pp. 2-45 (www.ridrom.uclm.es).

⁷ Vid. DE WITTE, B.- FORDER, C., *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer-Cambridge, 1992; MARKESINIS, B. S. (edit.), *The gradual Convergence. Foreign ideals, foreign influences and English law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994; LUIG, K., “The history of Roman private law and the unification of European law”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 5, 1997, pp. 405-427.

⁸ ZIMMERMANN, R., *Europay el Derecho romano* (estudio, introducción y trad. I. Cremades), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 56 s.; ID., “El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil law y el Common Law”, en *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. esp. y profl. A. Vaquer Aloy), Madrid, 2000, pp. 161-228.

importante examinar «la lingua usata dai giuristi. In Common law si deve però parlare non di lingua, ma di lingue»⁹. La cartografía de las diferentes lenguas que concurren en Inglaterra es fruto de su devenir histórico. Así, los monarcas ingleses hablan dialectos franceses aunque las reglas jurídicas están redactadas en inglés. Con posterioridad a la conquista prevalece el latín en los documentos jurídicos, pues se trata de la lengua de la Cancillería real, si bien en el ámbito de la práctica se recurre al viejo inglés.

Entre 1154 hasta 1348 el francés se hablaba en la Corte, el latín en la iglesia y el inglés era la lengua hablada por el pueblo. El francés, además, aparecerá como lengua del legislador desde 1266 a 1483 (“Law French”) y sobrevive mucho tiempo después de la difusión del inglés en todo el territorio. De ahí que en el lenguaje jurídico, como en el coloquial, permanezcan muchos términos que tienen procedencia francesa, como por ejemplo: “court”, “justice”, “peace”, “privilege”, “rent”, “robbery”... con pronunciación y acento inglés¹⁰. Como refiere Attilio Guarneri: «la nozione di Law French individua la lingua praticata dai giuristi nel mondo britanico fin quasi alla metà del secolo XVIII». Si bien la decadencia del “Law French” empezará a producirse ya a finales del siglo XV cuando el Parlamento empezara a legislar en inglés¹¹. Este declive contrasta con la redacción de los “Reports of cases”, que proseguían en lengua franco-normanda, hasta el punto que la fuente más relevante del Common Law, que es el “case law”, esté escrita en dicha lengua¹².

En nuestra opinión, no pueden trazarse barreras excluyentes entre los dos sistemas jurídicos europeos, ya que en ese *continuum* histórico que supone el Common Law podemos constatar la conexión que existe en ambos modelos, con una serie de elementos comunes que, más que distanciarlos, los une¹³. Pese a la multiplicidad lingüística de la Unión Europea, es evidente, como señala Alfonso Murillo, que «el inglés se ha convertido en la lengua universal para la comunicación en el mundo entero... La Unión Europea tiene 24 lenguas oficiales, pero el inglés es el idioma extranjero más estudiado y dominado por los europeos, sin soslayar que entre los países que continúan en la Unión Europea, tanto Malta como Irlanda, continúan teniendo el inglés como lengua

⁹ALPA, G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 32.

¹⁰ Ibid., p. 32.

¹¹ GUARNERI, A., *Lineamenti di Diritto comparato*, 6ª ed., Milano, 2014, pp. 247-249, con interesantes referencias bibliográficas sobre la lengua particular de los juristas en la nota 77.

¹² TIERSMA, P. M., “A history of the languages of Law”, en *The Oxford Handbook of language and Law*, (ed. by Lawrence M. Solan and Peter M. Tiersma), Oxford, 2012, pp. 13 ss.

¹³ Así, en el marco de los contratos, por ejemplo, se constata claramente esta conexión, como se pondrá de manifiesto más adelante. Vid. HERRERA, R.- SALAZAR, M., “Fundamentos romanísticos de los contratos en la Common Law. Una aproximación comparativa”, en *Varia Studia. Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ennes* (dirs. M. Barcia- M. Fuenteseca), Instituto de Estudios Ibéricos, Pontevedra, 2015, pp. 597-620.

oficial. Será difícil que el francés reemplace al inglés como lengua oficial de la UE, como se pide desde Francia»¹⁴.

Mauro Barberis pone el acento en una serie de indicadores para marcar las diferencias: el Derecho romano, la Codificación, los jueces, la doctrina y la disrupción entre derecho público y privado¹⁵. Es obvio que en las Islas, por iniciativa de la monarquía normanda y sus descendientes se concedía a cualquier hombre libre del reino, conectado con la posesión de la tierra, el recurso a una serie de acciones (“writs”) en determinados supuestos, cuya competencia recae en los tribunales de la Corona, evaluados por los jurados locales. De ahí que debamos tener presente que las instituciones jurídicas inglesas estén marcadas por un fuerte componente jurisprudencial y unos sesgos de naturaleza medieval. Una prueba lo constituye el “statute of treasons” del siglo XIV, que se siguió aplicando en el siglo XX¹⁶.

Uno de los marcos diferenciales más claros viene determinado por el hecho de que históricamente en Inglaterra no contamos con un intento serio de codificación del Derecho privado, incluso tampoco existe una Constitución escrita. Por su parte, en el ámbito del Civil Law, la idea de Código no descansa en el concepto de Compilación, que tiene por único objetivo conservar textos como el *Decretum Gratiani*, sino más bien una legislación nueva, organizada sistemáticamente y destinada a regular amplias ramas del Derecho¹⁷.

Recientemente, Tamar Herzog ha presentado un análisis preciso sobre la Codificación en el Common Law, poniendo de manifiesto que «legislación y Common Law eran coherentes entre sí en vez de contradecirse mutuamente». Pone el foco en Francis Bacon (1561-1626) y Mathew Hale (1609-1676), quienes conciben una compilación de las leyes inglesas que contendría tres partes: un primer libro, que abarcaría las instituciones legales, las máximas jurídicas y un diccionario jurídico; un segundo libro, que reeditaría los anuarios; y un tercer libro, que reproduciría el derecho estatutario¹⁸. En el siglo XIX (1833) se dan algunos pasos para proceder a la codificación

¹⁴ MURILLO VILLAR, A. “El Brexit todo un reto para el Derecho romano”, cit., p. 15-17.

¹⁵ BARBERIS, M., *Europa del Diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008, pp. 93-120.

¹⁶ Para algunas aportaciones recientes de corte histórico, vid. IBBETSON, D. J., *A Historical introduction to the law of obligations*, Oxford, 2001; BAKER, J. H., *Introduction to English legal history*, 4ª ed., London, 2002; LANGBEIN, J. H.- LERNER, R. L.- SMITH. B., *The history of the Common Law. The Development of Anglo-American legal institutions*, New York, 2009.

¹⁷ BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., pp. 98-100. Para este autor, el Civil Law, considerado como Derecho construido, se opone al Common Law, de naturaleza espontánea. Esta última concepción fue útil para responder a los abusos del absolutismo continental que la dinastía de los Estuardo habían querido importar a Inglaterra.

¹⁸ HERZOG, T., *Ashort history of European Law. The last two and a Half Millennia*, Harvad University Preese International editor's Co. 2018= edición española: *Una breve historia del*

del Derecho penal, rama del Derecho que se fundamenta en la legislación. Para ello se nombró una Comisión por el Parlamento, pero a lo largo de la centuria las diferentes proposiciones fueron fracasando. Una situación análoga encontramos con otras tentativas para otras ramas jurídicas. Así, en 1860 el gobierno anunció un proyecto para compilar y revisar el derecho escrito inglés y crear un digesto de jurisprudencia con la idea de combinar ambos en un solo texto. La Comisión nombrada en 1866 fue disuelta catorce años más tarde y su principal contribución consistió en una serie de borradores que se convirtieron en libros de texto sobre las diferentes ramas del Derecho inglés¹⁹.

Al contrario, en el ámbito del Civil Law se advierte un paso de la idea de Código hacia las legislaciones especiales. Para Pio Caroni: «la evolución actual se nos muestra, ante todo, como un desmembramiento o fragmentación de las fuentes que se separan, poco a poco, del Código y se convierten en leyes particulares sobre objetos específicos y limitados para sustraerse así a su hegemonía». Y reitera: «la legislación jurídico privada se configura como un sistema policéntrico que desmonta poco a poco la Codificación y destruye su unidad originaria, que precisamente por esta tendencia de signo contrario se nos muestra como descodificación»²⁰. Además, como señala Capelleti, en el sistema continental emerge una “constituzionalizzazione”, no en el sentido de código constitucional, sino de subordinación del Derecho a la Constitución a través del control de legitimidad de la misma²¹.

Resulta también paradójico que uno de los mayores partidarios de la Codificación fuera Jeremy Bentham (1748-1832), autor de una “Introduction to the principles of morals and Legislation” (1789), fundador de la escuela de pensamiento conocido como “utilitarismo” y para el que un Derecho como el Common Law, basado en costumbres orales y controlado por jueces, no puede garantizar la felicidad a los seres humanos. Lo que requiere en su lugar es una seguridad y claridad jurídica y el mejor modo de lograr esto es combinando el empirismo con el análisis racional²². Son, pues, muchas las razones por las que en el Derecho inglés no comparece la Codificación y su

Derecho europeo. Los últimos 2500 años, desde los orígenes del Derecho romano hasta las últimas transformaciones del Derecho comunitario de la actual Unión Europea, (trad. esp. M. A. Coll Rodríguez), Madrid, 2019, p. 301.

¹⁹ HERZOG, T., *Ibid.*, p. 302, con un elenco bibliográfico sobre la Codificación y sus influencias, en cap. 13, pp. 356-357. Para una profundización sobre la problemática de la Codificación: FARMER, L., “Reconstructing the English Codification. Debate: the Criminal Law Commissioners, 1833-1845”, en *Law and History Review*, 18 nº 2, 2000, pp. 397-426; WEISS, G. A., “The Enchantment of Codification in the Common Law World”, *Yale Journal of International Law*, 25, nº 2, 2000, pp. 435-532.

²⁰ CARONI, P. *Lecciones de historia de la Codificación* (ed. A. Mora- M. Martínez Neira), Universidad Carlos III, Madrid, 2013, pp. 101-102.

²¹ CAPELLETI, M., *Giudice legislatore?*, Milano, 1984, p. 31.

²² Vid. HERZOG, T., *Una breve historia del Derecho europeo*, cit., p. 306.

exposición superaría los límites de este artículo, sobre todo cuando comprobamos cómo históricamente los “common lawyers” muestran una sorda resistencia a los cambios. En la actualidad se ha visto ese rechazo y lo hemos observado en relación a la armonización con respecto al Derecho comunitario.

En relación al papel que juegan los jueces en el Common Law, en confrontación al Civil Law, nos encontramos ante una de las diferencias más palpables. Los jueces en el primer modelo, aplican el Derecho, vinculado a sus decisiones o precedentes y a la regla “*stare decisis*” (“*et quia non movere*”); en el segundo modelo, el juez se limita a aplicar la ley. El precedente en el ámbito continental tiene naturaleza persuasiva, mientras que en la Common Law tiene un carácter vinculante²³. Así lo describe Perelman: «el juez, aferrado al tradicionalismo, no extrae la norma aplicable, del caso, de un Código o de la ley; sino a través de precedentes judiciales, apoyados en decisiones semejantes del mismo tribunal o de un tribunal superior»²⁴.

En los ordenamientos continentales, el valor de la jurisprudencia y el carácter del precedente no viene a ser reconocido por el derecho positivo. En España el art. 1 del Código Civil la excluye, de la misma manera que no viene reconocida como fuente del Derecho en el “Preleggi” del Codice Civile italiano²⁵. El art. 2109 del Codice Civile establece que lo declarado en una sentencia pasada produce efectos entre las partes y sus herederos, excluyéndose su valor para los jueces sucesivos. Igualmente, el art. 101.2 de la Constitución italiana afirma que los jueces están sujetos solamente a la ley²⁶.

Sin alejarse de la realidad jurídica actual, se produce la siguiente paradoja, dado que en la actual cultura jurídica europea las diferencias se están invirtiendo, ya que en el Civil Law se adopta cada vez más el modelo del precedente y, en cambio, se empieza a detectar un abandono del mismo por parte de la Common Law, a favor de las fuentes legislativas.

Otro elemento diferencial vendría dado por el diferente papel que juega la doctrina en ambos sistemas jurídicos. Inicialmente, el Common Law no conoce un modelo de doctrina equiparable al Civil Law. Especialmente, esta falta de equiparación se observa desde el punto de vista terminológico. Así el término español “doctrina”, no se

²³ BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., p. 103.

²⁴ PERELMAN, Ch., *Trattato dell'argumentazione. La nuova retorica*, vol. I, Torino, 1966, pp. 112-114, citado por BARBERIS, M., *Ibid.*, p. 103, nt. 23.

²⁵ Un análisis comparativo en FALCON TELLA, M. J., *La jurisprudencia en el Derecho romano, anglosajón y continental* (prol. Philippe Gerard), Madrid, 2010.

²⁶ BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., p. 104.

corresponde al término anglosajón “legal doctrine”, que viene a significar tesis doctrinales avanzadas por un juez o principios extraídos del “stare decisis”²⁷.

El tema obedece al hecho de que en el Common Law solo puede comprenderse en una clave práctica. Sin embargo, mientras que se circunscribe la enseñanza del Derecho en el Civil Law a sus orígenes romanos y al descubrimiento del Digesto. En cambio, la inclusión de la enseñanza universitaria del Derecho en la Common Law, prácticamente se remonta al siglo XIX. El propio Albert Dicey cuando imparte su primera lección la denomina: “El Derecho inglés puede ser enseñado en la Universidad”²⁸. Matizando la realidad anglosajona no es que no exista doctrina; más bien lo inexistente es la presencia de la doctrina universitaria; figuras clave son William Blackstone y las “Inns Court” cuyos miembros emiten opiniones a las que se les atribuye el valor de “authority” con autores como: Glanvill, Bracton, Fortescue, Coke y Halle²⁹. Evidentemente, el modelo doctrinal encuentra su desarrollo en los sistemas universitarios.

Existen notorias diferencias entre el modelo “práctico” inglés, el “técnico” francés y el “teórico” alemán³⁰. Los continentales oscilan entre el napoleónico, de corte técnico-profesional, con una metodología fundamentada en la exégesis y dirigida a la formación de funcionarios, mientras que el alemán cumple un papel paradigmático en la cultura jurídica europea, donde la doctrina pone el foco en la individualización, interpretación y sistematización del Derecho³¹. Otra diferencia se encuentra en los protagonistas de la creación del Derecho: en el caso de Inglaterra, el “señor” del Derecho es el juez; en el modelo francés, destaca el legislador y en el alemán, el jurista³².

Cerrando estos marcos diferenciales entre los modelos reseñados -si bien cada vez más aproximados-, destacamos la problemática de la *summa divisio*: derecho privado y

²⁷ Ibid., p. 105.

²⁸ Sobre la enseñanza del Derecho en Roma, vid. SALAZAR REVUELTA, M., “De la enseñanza superior a la enseñanza del Derecho en el marco de la sociedad romana (s. III a. C.- s. VI d. C.)”, *Revista Jurídica de investigación e innovación educativa*, 22, nº extraordinario, febrero 2020, pp. 11-37 [= www.revistas.uma.es/index.php/rejie]. En cuanto al *Ius commune*, BELLOMO, M., *Europa y el Derecho común*, (introducción de E. Montanos Ferrín; trad. esp. N. Poloni- J. A. De Prado Díez), 1ª ed., Roma, 1996, pp. 123-135.

²⁹ BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., p. 108.

³⁰ Vid. LLEDÓ, E., “Notas históricas sobre un modelo universitario”, en *Volver a pensar en educación*, I, Madrid, 1995, pp. 60-70; ID., “La misión de la Universidad de Ortega entre las reformas alemanas y nuestra Universidad”, *Revista de Ciencias Sociales*, 59, 1984, pp. 3-20 [= *Sobre la educación. La necesidad de la literatura y la vigencia de la filosofía*, Barcelona, 2018, pp. 37-53; pp. 131-155].

³¹ MONATERI, P. G.- SOMMA, A., *Il modello de Civil Law*, 5ª ed., Torino, 2016, pp. 91-93; 106-121.

³² Al respecto, vid. VAN CAENEGEM, R. C., *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal History*, Cambridge University Press, 1988 [= *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la Historia jurídica europea* (trad. esp. M. J. Higuera), Lima, 2011].

derecho público. Dicotomía planteada por Ulpiano en D. 1,1,1,2, donde explica ambas posiciones para el estudio del Derecho, y reproducida en el pensamiento de los Glosadores. Así, Placentino formuló la idea de división del *ordo iuris* en dos ramas: *ius publicum* e *ius privatum*, formando dos materias autónomas de *studium iuris*³³. La distinción está muy presente a partir del Derecho medieval del continente y fue exportada por los normandos, atribuyéndole a la Corona la propiedad de las tierras del Reino; como señala Stein: “en el Medievo se usa la expresión derecho público, para indicar no tanto las disposiciones jurídicas que son aplicadas de manera coactiva, sino más bien los principios de gobierno y de administración pública. Muchos de estos principios provienen del viejo Derecho romano”³⁴.

Diferentes autores, como Mathew Halle (1609-1676) en su obra “Analysis of the Laws” (1705), adopta el sistema tripartito de las Instituciones de Justiniano y no distingue las categorías de Derecho público y privado, sin establecer diferencia alguna entre ellas³⁵. Del mismo modo, Henry Summer Maine (1822-1888) no consideraba necesario establecer la distinción entre las ramas del Derecho. En la misma línea, Albert Dicey enfatiza la inseparable relación entre el Derecho constitucional y el Derecho privado, devoto por mantener la unidad del sistema jurídico, incluso a principios del siglo XX. El propio autor acusa al Droit administratif français de ofrecer a los gobernantes continentales un foro privilegiado, mientras que los gobernantes ingleses estaban sujetos al Derecho privado como ciudadanos ordinarios³⁶. Desde posiciones más radicales en la Common Law se reconoce la primacía de lo privado sobre lo público. Así, G. Radbruch plantea que las disputas relativas a ambos ámbitos jurídicos en la Common Law se supeditan a los tribunales ordinarios; los conceptos de Derecho administrativo y de fomento del Derecho administrativo no han podido nunca asentarse totalmente en el ordenamiento inglés³⁷.

En definitiva, nos encontramos con dos sistemas jurídicos que vienen marcados por una serie de diferencias, tanto formales como sustanciales. Pero también compartimos

³³ HAMZA, G., “La clasificación (*divisio*) en ramas de los sistemas jurídicos modernos y las tradiciones de Derecho romano” (trad. esp. Sánchez Ramírez, A.- Agurto González, C.), en *Derecho romano actual y Derecho europeo*, Santiago de Chile, 2018, p. 19.

³⁴ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici* (a cura di A. De Vita- M. D. Panforti- V. Varano), Milano, 1987, pp. 136-137. Con la irrupción de la burguesía se ensalza el Derecho privado como un territorio a salvo para el ciudadano, donde debe tener libertad de acción lejos de las estructuras y demandas del *ius publicum*.

³⁵ HAMZA, G., “La clasificación (*divisio*) en ramas de los sistemas jurídicos modernos y las tradiciones de Derecho romano”, cit., pp. 24-27.

³⁶ Citados por BARBERIS, M., *Estudios del Diritto*, cit., p. 112,nt. 44; p. 113.

³⁷ RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés* (trad. esp. J. C. Peg Ros), Estudio preliminar de Miguel Ayuso, Madrid-Barcelona, 2001, p. 43.

los postulados doctrinales que han ido acercando ambos modelos. De ahí que estemos de acuerdo con M. Stürmer cuando afirma que las diferencias entre el Common Law y el Civil Law se han atenuado y que la convergencia de ambos sistemas ha estado progresando rápidamente³⁸. Pensamos, para un mayor abundamiento, que los procesos de acercamiento entre los dos sistemas jurídicos vienen facilitados por el papel que juega el Derecho romano en la Common Law, en la medida en que ambas tradiciones, tienen en común la tendencia a no asignar a las leyes una posición central y dominante entre las fuentes del Derecho³⁹.

II. ALGUNAS INFLUENCIAS DEL DERECHO ROMANO EN LA COMMON LAW

La influencia del Derecho romano en la Common Law supone una mención aparte respecto al fenómeno de la Recepción del mismo. Partimos de que este proceso conllevó la aceptación del Derecho justiniano o el *Corpus Iuris Civilis* como *Ius commune* en los diferentes territorios europeos occidentales, sin embargo, como indica Andrés Santos, hubo «una significativa excepción a éste en el círculo de estados emergentes de la época: el reino de Inglaterra. Este territorio se mostró tempranamente receptivo al cultivo del Derecho romano como disciplina científica, pero de inmediato refractario a la posibilidad de su penetración en concepto de Derecho vigente como *Ius commune*»⁴⁰.

En el proceso histórico de formación de la Common Law se percibe, inmediatamente, la configuración temprana de Inglaterra como Estado nación, idea importada por los normandos. Junto a ella, encontramos una corporación de juristas autóctonos (“Common lawyers”), guardianes del oriundo Derecho tradicional, que constituye una barrera infranqueable a la penetración de la tradición romanística. En términos generales, la Common Law aparece como un Derecho puramente nacional (inglés) ajeno a las diferentes corrientes que se movían por el continente.

No obstante, consideramos que quienes presentan la Common Law como un sistema inmunizado de las influencias romanas yerran en su planteamiento. Ya advierte A. Torrent que “el tema de las eventuales influencias romanas en el Common Law es una de las cuestiones más debatidas entre los comparatistas en el intento de desvelar una conciencia jurídica europea común; los últimos estudios revelan que las diferencias no

³⁸ STÜRNER, M., “Tendiendo un puente entre el Common Law y el Derecho continental ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del Derecho privado?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007, pp. 177-193.

³⁹ “Roma es el pueblo del Derecho, no es el pueblo de la ley”. Sobre las relaciones ley y Derecho, vid. SCHULZ, F., *Principios de Derecho romano* (trad. esp. M. Abellán), Madrid, 1990, pp. 27-39.

⁴⁰ ANDRÉS SANTOS, F. J., “*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVIII: el caso de Arthur Duck”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 7, 2003, pp. 64-65.

son tan grandes entre Common Law y Civil Law como se pensaba hace algún tiempo⁴¹. Asimismo, previamente, R. Zimmermann apuntaba que «Inglaterra nunca ha permanecido en completa incomunicación con la cultura continental. Nunca se ha considerado tan aislada y siempre ha existido un interesante contacto con el *Ius commune*. No se debe tener un planteamiento excluyente, ya que en Inglaterra a partir de la conquista normanda se introducen elementos jurídicos de cultura continental, especialmente el Derecho romano vulgar y, sobre todo, el Derecho canónico»⁴². También en un sentido parecido R. C. Van Caenegem sostiene que «el Common Law fue un sistema verdaderamente nacional [...] pero también experimentó las principales corrientes internacionales que se movían a través de Europa»⁴³.

Efectivamente, a partir del siglo I a. C. se puede constatar la presencia romana en las Islas Británicas, hasta que la presión en las fronteras del Imperio por parte de los pueblos bárbaros obliga a abandonar dichos territorios. Será a partir de la presencia benedictina en el siglo VI, predicando el Cristianismo, cuando se empieza a vislumbrar atisbos de una cultura latina, fruto del cultivo del *trivium* en los monasterios y en las escuelas catedralicias⁴⁴. Más tarde, destacarán figuras como Lanfranco, procedente de la Escuela de Pavía. Concedor del Derecho romano y el canónico, fue arzobispo de Canterbury y miembro del Consejo Real. También juega un papel principal Vaccarius, jurista lombardo, quien enseñó en Oxford y fue autor del texto “*Liber Pauperum*”, que parte del Digesto y el Código justiniano, con diferentes glosas⁴⁵. Los estudiantes de Oxford durante un tiempo fueron denominados “pauperistas” en homenaje a este libro. Sus seguidores le fueron añadiendo glosas que «ofrecen un gran material para la historia de los dogmas del siglo XII»⁴⁶. En esta época «no había Escuela más popular que la de los juristas civiles, hasta que en 1151 el rey Esteban prohíbe a Vaccarius la enseñanza del Derecho romano y el secuestro de sus libros que servían de base para los estudios de Derecho

⁴¹ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano- Ius commune- Derecho europeo*, Madrid, 2007, p. 250.

⁴² ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano*, cit., pp. 56 ss.; ID. “El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil Law y el Common Law”, cit., p. 171.

⁴³ VAN CAENEGEM, R. C., *Pasado y futuro del Derecho europeo. Dos milenios de unidad y diversidad* (trad. esp. L. Díez Picazo), Madrid, 2003, p. 30.

⁴⁴ Así lo determinan VINOGRADOFF, P. G.- BÉRARD, A., *Derecho romano en la Europa medieval. (Proceso formativo, Francia, Inglaterra y Alemania). Derecho romano en Escocia* (trad. esp. Peláez-Pardo Unanua-Varona), Barcelona, 2000, p. 75.

⁴⁵ La influencia romana se deja sentir en la terminología, sistemática, remedios procesales en defensa de la *possessio*, sustitución de la transmisión simbólica de la propiedad por la entrega real del inmueble y la consideración del arrendamiento rústico temporal como simple derecho personal. Vid. STEIN, P., “The civil law doctrine of custom and the growth of case law”, en *Studi Gorla*, I, 1994, p. 69.

⁴⁶ FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992, p. 35.

romano»⁴⁷. Se empiezan a vislumbrar actitudes contrarias al *ius civile romanorum* por parte de la Iglesia, poniendo serios obstáculos a través de las bulas: “Super Specula” de Honorio III (1219) y “Dolentes” de Inocencio IV (1254). En el ámbito secular el rey Enrique III erradica la enseñanza del Derecho romano en Londres; uniéndose, además, a toda esta dinámica la nobleza inglesa, reunida en Merton, donde expresan la idea: “*Nolumus leges angliae mutare*” (1236), que niega la modificación de las costumbres inglesas en relación al tema de los hijos ilegítimos⁴⁸. Como ha explicado Torrent, «la extraordinaria obra de Vacario suscitó alarma en las poderosas élites feudales, pues veían en el Derecho romano un instrumento para el fortalecimiento del poder real en disminución de los privilegios señoriales [...] además el rey Enrique III prohíbe la enseñanza de las *leges romanas* en toda Inglaterra [...] porque su admisión significaba adoptar el Derecho del Imperio y, por tanto, una forma de sujeción al Sacro Imperio, motivo que también provocará el rechazo del rey de Francia al Derecho romano»⁴⁹. En concreto, la nobleza identificaba el Derecho romano con la idea de Imperio y temía el fortalecimiento del poder legislativo y absoluto del rey, en base al principio imperial romano: “*princeps legibus solutus*”, muy atractivo para las dinastías de los Tudor y los Estuardo. El propio Enrique VIII nombra “regii professores” para la enseñanza del Derecho romano. Es una época en la que se produce una fuerte tensión entre los tribunales que aplican el Common Law y los que aplican el Derecho romano; con primacía de los primeros, debido a la conexión y alianza entre el estamento de juristas y el parlamento. Como señala P. Koschaker: «el éxito de la defensa inglesa contra la invasión del Derecho romano en la forma que acertaron a darle los glosadores y comentaristas, y que era propio de un derecho de juristas, hubiera significado para los ingleses permutar su derecho de juristas por otro también de juristas»⁵⁰.

No obstante, la influencia cristiana se deja sentir en determinados recursos legales, haciendo alusiones directas a la Biblia⁵¹. Entre los siglos VI y VIII nos encontramos en algunos actos jurídicos (testamentos y donaciones) referencias al *ius ecclesiasticum*. En fuentes donde se hace uso de formularios y cartas reales se puede, además, percibir sus reminiscencias romanas. De especial importancia es la obra “*Quatripartitus*” (1108-1118), de la que se conservan fragmentos y que contiene una traducción latina de leyes anglosajonas que recogen status, alegatos y cuestiones de hurto que seguían la

⁴⁷ VINOGRADOFF, P. G.- BERARD, A., *Derecho romano en la Europa medieval*, cit., p. 76.

⁴⁸ GUARNERI, A., *Lineamenti di Diritto comparato*, cit., p. 266.

⁴⁹ TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo*, cit., p. 256.

⁵⁰ KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano* (versión esp. J. Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1955, pp. 310-314.

⁵¹ HERZOG, T., *Una breve historia del Derecho europeo*, cit., p. 132.

estructura del Derecho romano y estaban influidos por preceptos morales cristianos⁵². Por consiguiente, otro de los caminos de penetración del Derecho romano en Inglaterra es la jurisdicción canónica, dado que en Inglaterra, al igual que en muchos Estados de Europa continental, coexisten las dos jurisdicciones: la civil y la canónica⁵³.

En Inglaterra la jurisdicción canónica se ocupaba *ratione materiae* de cuestiones: matrimoniales, testamentos, promesas confirmadas bajo juramento y atentados al honor. Se daba la circunstancia en el ámbito obligacional que las deudas nacidas de los pactos informales eran exigidas a través de los tribunales canónicos. La fuerza obligatoria de la promesa no nacía de requisitos de carácter formal, sino del juramento rodeado de su significado religioso⁵⁴. De forma que el incumplimiento del contrato era exigible a través de la jurisdicción canónica (“ecclesiastical courts”, “church courts”, “court of arches judgements”) por la *fidei lessio* empeñada en el juramento⁵⁵. El vehículo utilizado era el proceso romano-canónico. Mediante la “denuntiatio evangelica”, se disponía -a tenor del capítulo 13, título I y libro II de las Decretales- que si los pactos habían sido reforzados por juramento, entonces el juez canónico podía recabar la competencia del juez civil, ya que “*ratione perirurii sunt de foro ecclesiastico*”⁵⁶. En definitiva, la “*denuntiatio evangelica*”, fundamentada en Mt. 18,15,17, abría paso a un proceso canónico donde la parte perjudicada por el incumplimiento de un *pactum nudum* podía reclamar penas espirituales contra el defraudador, quien de esta forma confesaba judicialmente su actitud⁵⁷.

Por su parte, los canonistas «empezaban también a tener un conocimiento profundo del *Ius civile*, lo que resulta imprescindible para un correcto desarrollo metodológico y conceptual de su propia disciplina. El resultado no pudo ser otro que el de la expansión del Derecho romano como ciencia, envuelto en el formato de la disciplina canonista, a todos los lugares en los que fuera de aplicación el Derecho de la Iglesia, llegando así a territorios nunca pisados por los romanos»⁵⁸.

⁵² HERZOG, T., *Ibid.*, p. 133.

⁵³ Una visión paralela en JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., “*Ius commune* y Common Law”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 15, 2008, pp. 327-344.

⁵⁴ Vid. MALDONADO, J., *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, Madrid, 1975, p. 362; ANDRÉS SANTOS, F. J., “*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVIII: el caso de Arthur Duck”, *cit.*, p. 67.

⁵⁵ Un análisis clásico en BELLINI, P., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano, 1964.

⁵⁶ JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., “*Ius commune* y Common Law”, *cit.*, p. 337, nt. 38.

⁵⁷ Sobre los diferentes instrumentos jurídicos que posee el Derecho canónico para lograr la accionabilidad y cumplimiento de los *pacta nuda*, vid. AGUILAR ROS, P.- HERRERA BRAVO, R., *Derecho romano y Derecho canónico. elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, 1994, pp. 48-51.

⁵⁸ ANDRÉS SANTOS, F. J., “*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVIII: el caso de Arthur Duck”, *cit.*, p. 67.

No podemos obviar que la Common Law se desarrolla a través de una dinastía normanda que utilizaba los conocimientos de los juristas formados en el Derecho romano y el Derecho canónico. Éstos, emplean términos, conceptos y metodología del *Ius Commune*. Progresivamente, se fue permitiendo alegar a los juristas el Derecho romano. Incluso “los jueces del Common Law consideraban al Derecho romano como un importante punto de referencia todavía en los siglos XVIII y XIX, sobre todo cuando buscaban nuevas ideas o deseaban crear o aclarar categorías. El Derecho romano no era vinculante, pero contenía un saber colectivo que valía la pena considerar, incluso adoptar. Es posible, incluso, que abogados y jueces hayan utilizado el Derecho romano como un medio para comprender mejor el Common Law, en formas que no eran distintas de cómo los juristas continentales lo empleaban para dar solidez y apoyar el *Ius proprium*”⁵⁹.

Otras jurisdicciones que participaron en el desarrollo de la Common Law fueron, por un lado, la “Court of high constable and earl marshal of England”, si bien a partir de 1521 solo el Earl Marshal fue encargado de dirigir este tribunal, que entendía de los asuntos del derecho de guerra, como el rescate de los prisioneros de guerra, los contratos con grupos mercenarios, las apelaciones en casos de traición u otros delitos cometidos en ultramar, así como los casos referidos a disputas heráldicas⁶⁰.

Además, otra rama del ordenamiento jurídico inglés que recibe influencia romana es el conjunto de normas que componen la “angliae Law Merchant”, en conexión con la *lex Mercatoria*, que durante la Edad Media resolvía cuestiones de comercio interlocal. Cuando el *Ius commune* no se adaptaba a las necesidades mercantiles, los comerciantes generaron normas de carácter corporativo (*Ius mercatorum*) de naturaleza uniforme para todos los comerciantes de diferentes ciudades⁶¹.

El sistema comercial inglés se basa en usos y costumbres, inspirados en el *Ius civile*, a través de figuras como la *actio exercitoria*, el *foenus nauticum*, la *lex Rhodia*, que plasman una línea de continuidad con el moderno Derecho marítimo desde el Derecho romano⁶². Todo este arsenal institucional se encauza a través de la “Court of Admiralty”; tribunal compuesto por “civilians”, con la particularidad de que sus procedimientos se inspiraban en los principios romano-canónicos. Como señala Paolo Grossi, “durante la

⁵⁹ HERZOG, T., *Una breve historia del Derecho europeo*, cit., pp. 158-159.

⁶⁰ ANDRÉS SANTOS, F. J., “*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVIII: el caso de Arthur Duck”, cit., p. 69, nt. 17.

⁶¹ En general, vid. GALGANO, F., *Lex Mercatoria. Storia del Diritto commerciale*, Bologna, 1983; COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., pp. 654-658; ANDRÉS SANTOS, F. J., “La Lex Mercatoria y la unificación del Derecho privado europeo”, en *El Derecho comercial. De Roma al Derecho moderno*, I, Las Palmas, 2007, pp. 119-138.

⁶² Vid. CERAMI, P.- DI PORTO, A.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3ª ed., Torino, 2004, pp. 247 ss.

Edad Media nos hallamos ante una innovación continua de nuevos instrumentos adaptados a las exigencias del comercio (representación, cesión de créditos) o ante la superación de viejos obstáculos que se remontaban a las visiones técnicas de los romanos y que ya eran injustificables”⁶³. Evidentemente, la transcendencia de la “High Court of Admiralty” se fundamenta en las leyes del tráfico internacional de mercancías desarrolladas por la jurisprudencia italiana de los siglos XIV y XV sobre bases romanísticas. Era, además, «un tribunal de gran autoridad, paralela al incremento de poderío naval inglés, formado exclusivamente por doctores civilistas, que vio extendida su competencia en el siglo XVI por Enrique VIII a todos los negocios mercantiles con elemento de extranjería, lo que despertaba los recelos y la enconada oposición de los common lawyers»⁶⁴.

Asimismo, otro de los mecanismos de penetración del Derecho romano es la “Equity”. Como ha señalado Radbruch: «este tribunal juzgaba de acuerdo al principio de equidad, concepto acuñado por Aristóteles (*epikeia*), que trata de hacer valer la justicia del caso concreto frente a una ley general necesariamente conceptual»⁶⁵. Lo que mueve a este tribunal es «restablecer la equidad allí donde el *summum ius* se convierte en *summa iniuria*»⁶⁶. La manera de intervenir es análoga al proceso de formación de las fuentes del Derecho romano, donde el proceso de dulcificación del *Ius civile* le corresponde al pretor, creando *actiones ex aequo et bono*, es decir, unas formas jurídicas más elásticas y que dan una cobertura judicial más allá del estricto Derecho civil. El paralelismo entre el pretor y el “Lord Chancellor” se percibe de forma notoria en su función “*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi Ius civile*”. Además, la corona inglesa concede a sus súbditos una instrucción para litigar (“writ”) en unos términos análogos a la fórmula romana (*actio*), creada sobre la base jurisdiccional del pretor, existiendo un sutil parangón entre el *Ius honorarium* y la Equity. De modo que la dicotomía romana *Ius civile/Ius honorarium* conecta con la inglesa Common Law/Equity⁶⁷.

En ambos sistemas encontramos que: por un lado, las acciones juegan un papel fundamental (*actio* en latín, “writ” en inglés y “briefe” o “breve” en Escocia); asimismo, los dos se caracterizan por el casuismo y la falta de abstracción y formalismo, que se manifiesta en el rechazo de ciertas instituciones como la representación directa. Por otro lado, el papel del Edicto del pretor y la equidad en el desarrollo del Derecho es similar,

⁶³ GROSSI, P., *Europa y el Derecho*, (trad. esp. de Luigi Giuliani), Barcelona, 2007, p. 61.

⁶⁴ ANDRÉS SANTOS, F. J., “*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVIII: el caso de Arthur Duck”, cit., p. 66, nt. 18.

⁶⁵ RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 51, nt. 36.

⁶⁶ *Ibid.*, nt. 38.

⁶⁷ PETER, H., *Actio und writ*, Tübingen, 1957, pp. 10 ss.

por no hablar de la analogía entre las escuelas inglesas de Derecho -denominadas “Inns of Court”-, basadas más en la práctica que en el aprendizaje académico de las *scholae romanas*⁶⁸.

La “Equity” es un sistema flexible, donde el Canciller tenía formación universitaria y en sus resoluciones adoptaba los criterios, procedimientos y doctrinas del Derecho canónico y del Derecho romano. Tal y como refiere Tamar Herzog: «la equity desarrolló áreas nuevas como el fideicomiso, las hipotecas, las tutelas, la insolvencia, la sociedad comercial y las corporaciones; y se incluyen también doctrinas que definen los errores honestos, además del fraude»⁶⁹. Pero la irrupción de la jurisdicción de la “Equity” no es una cuestión meramente técnica. Así, para Gambaro, «la clausura del registro de los writs en 1258 supuso que el Common Law, administrado por los jueces de Westminster, tuviese un crecimiento muy lento. La irrupción de la equidad es también el resultado de una serie de cambios económicos y sociales, pero con diferentes velocidades según los niveles jurisdiccionales»⁷⁰. La “Equity” fue llenando las lagunas de la Common Law y, a veces, llegó a sustituirla⁷¹, dado que -como lo entiende Zimmermann- «el Common Law inglés fue recubierto mediante un *lus honorarium* acuñado por las generales concepciones europeas de la justicia (*aequitas*)»⁷². Dicho autor añade, además, que: “el Derecho inglés se sirve de forma directa del modelo proporcionado por la práctica de los tribunales eclesiásticos»⁷³.

Finalmente, otro de los caminos de penetración del Derecho romano en el Derecho inglés es a través de la doctrina. No hay que olvidar que, en el ámbito de la Common Law, los altos cargos de la Administración habían cursado estudios de Derecho romano. Además, el rey Enrique VIII reconoció un gran valor a los juristas formados en la tradición romanística. Les otorgó importantes puestos en la Administración. Fueron denominados “regii professores” y se organizaron en un Colegio de doctores (“Doctors commons”). Su actividad fue de intermediación entre el Common Law y el Derecho común. Para

⁶⁸ HAMZA, G., *Tradición romanista y Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 67.

⁶⁹ HERZOG, T., *Una breve historia del Derecho europeo*, cit., pp. 154-155.

⁷⁰ GAMBARO, A.- SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2018, pp. 69-72. Igualmente, FROSINI, V., “La struttura del giudizio di equità”, en AA.VV., *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971, pp. 202 ss.; BROGGINI, G., “Riflessioni sull’equità”, *Ius*, 22, 1972, pp. 1 ss.; MOCCIA, L., *Il sistema di giustizia inglese: profili storici organizzativi*, Rimini, 1984, pp. 80 ss.; ID., v. “Equity”, *Digesto civ.* VII, Torino, 1991, p. 498.

⁷¹ DELL’AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Universidad de Valladolid, 1992, p. 122.

⁷² ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano*, cit., pp. 57-58.

⁷³ ZIMMERMANN, R., “El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil law y el Common Law”, cit., p. 190.

Zimmermann, «sus escritos constituyen una provincia del *Ius commune* europeo en Inglaterra»⁷⁴.

Podemos destacar dos obras fundamentales: por un lado, el “Tractatus de legibus et consuetudinibus regni angliae” (1187-1189), elaborado por R. Glanvil. Lo redactó en latín para su enseñanza en Escuelas y Universidades. En una línea análoga, Bracton es autor de la obra: “De legibus et consuetudinibus angliae” (1220-1250), que algunos atribuyen a autores con educación universitaria, todos ellos de formación romanística. Como describe T. Herzog: «el texto reunía normas del Common Law, haciendo alusiones constantes al Derecho romano. Apelaba a categorías del *Ius commune* y emulaba el orden y las divisiones del *Corpus Iuris Civilis*, citando diferentes pasajes, así como textos del Derecho canónico. Estas dos obras no son únicas en la literatura del Common Law. En los siglos XII y XIII, muchos expertos del Common Law adoptaban soluciones de Derecho romano. Pero a partir del siglo XIV, la Corona designó en sus tribunales a hombres legos sin formación universitaria»⁷⁵.

A lo largo de la historia de Inglaterra son muchos los juristas con una visión romanista. Todos ellos repercuten en la racionalización y sistematización del Derecho inglés. En el “Tractatibus” de Glanvil se agruparon una selección de casos con interesantes comentarios. Su metodología de trabajo consistía en recopilar diferentes supuestos judiciales, lo que pudo ser la causa de los “Year Books” a comienzos del reinado de Eduardo I⁷⁶.

Otra obra que suscita gran interés es “Doctor and Student” (1532) de Christopher Saint-Germain. Contiene un debate entre estudiantes y un doctor en Teología. La cuestión a debatir se centra en la justificación ideológica de la Equity, basada en el *Ius canonicum*. Como afirma Dell’Aquila: «este libro contribuyó enormemente al establecimiento de la justicia de equidad en Inglaterra»⁷⁷.

A medida que se avanza históricamente aparecen nuevos juristas como E. Coke o John Sheldon, estudiosos de ambos Derechos: el romano y la Common Law. Por su parte, Matthew Halle empezará a estudiar la Common Law de manera sistemática. Este último, en su obra “Analysis of the civil part of the Law” se acerca al Derecho inglés

⁷⁴ ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., p. 76.

⁷⁵ HERZOG, T., *Una breve historia del Derecho europeo*, cit., pp. 147-148.

⁷⁶ Los “Years books” eran elaborados por los estudiantes y los prácticos a partir de los “cases”. Constituyen un precedente de los “Laws reports”, colección de casos, fundamento de los “Stare decisis”. Vid. CANNATA, C. A.- GAMBARO, A., *Lineamentidistoria della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989, p. 120.

⁷⁷ DELL’AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, cit., p. 116.

según los modelos romanísticos⁷⁸. Igualmente conectado a la tradición romanística, Robert Wiseman, autor de la obra “The Law of Laws” (1656), «exalta la supremacía del Derecho civil respecto a otras leyes humanas. Sostiene, además, la necesidad del renacimiento de los estudios de Derecho romano y la ampliación del papel de los abogados civiles, elogiando el Derecho civil en cuanto más rico de certeza, de razón natural y de equidad en toda época. Incluso cuando la ley de una nación no fuese clara y racional, el recurso al Derecho civil debía ser posible»⁷⁹.

Por último, y siendo conscientes de haber dejado a otros que, por razones de espacio, no podemos acometer, resalta la figura de W. Blackstone, cuyo ámbito docente se desarrolla en el *Ius civile*. Es autor de “Commentaries on the Law of England”, con una sistemática análoga a las Instituciones de Justiniano: “Persons”, “Things” y “Wrongs”. Para Cannata «toda su obra está influenciada por el Derecho romano, tanto en su aspecto sistemático, como terminológico. Contempla la exposición del Common Law no desde una clave procesal, sino más bien sustancial»⁸⁰. En su obra se percibe «una visión didáctica, utilizando algunos modelos racionalistas provenientes del Derecho natural. Su manera de redactar está llena de claridad y síntesis. Su estilo elegante tuvo buena acogida entre el público, pues la mayoría de los autores escribían en una jerga bárbara e inteligible, dado que el inglés había sustituido al latín y al francés jurídico»⁸¹.

Cerramos con Jeremy Bentham, defensor de la Codificación, critica el apego medieval del Derecho inglés. Para este jurista, basándose en la doctrina del utilitarismo, los principios de la Common Law deben ser sustituidos por unos nuevos, por medio de una codificación ordenada, ya que los conceptos deben tener una finalidad útil y práctica. En su “Theory of Legislation” hace una defensa importante de la ley como modo de creación del Derecho. Su obra, sin embargo, no encontró continuadores, aunque muchos de sus textos fueron traducidos al francés y se leyeron en el continente europeo, produciéndose -como indica Raoul V. Caenegem- una gran paradoja, pues «el más profeta de la Codificación fue rechazado en su propia patria»⁸².

⁷⁸ Ibid., pl 117.

⁷⁹ ALIBRANDI, R., “La difesa del Civil Law nel seicento inglese. Teoria e pratica giuridica nell’opera di Sir Robert Wiseman”, *eLHR*, 30, junio 2019, p. 5. (www.iustel.com).

⁸⁰ CANNATA, C. A.- GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., p. 122.

⁸¹ Ibid., p. 123.

⁸² VAN CAENEDEM, R. C., *Pasado y futuro del Derecho europeo*, cit., p. 52. Además, para una mayor profundización en el tema: BUHOFER, S. P., “Structuring the Law. The Common Law and the Roman Institutional System”, *Swiss Review of International European Law*, 5, 2007, pp. 20-26.

III. PROPIEDAD Y DERECHOS REALES

Una de las dificultades a las que se enfrenta el jurista romanista cuando emprende el estudio de las instituciones de derecho privado en la Common Law es que parte de un mundo sistemático, simple y ordenado, con arreglo a la Codificación y se encuentra con “un mondo dalle apparenze completamente opposte, gravato da tecnicismi e arcaismi nonchè segnato da anomalie frutto di un accentuato formalismo e tradizionalismo”⁸³.

En principio, es obvio que la propiedad en la Common Law está condicionada por su evolución histórica, muy marcada por la conquista normanda. Tras la batalla de Hasting, Guillermo “el conquistador” procede a una centralización política y territorial. De ahí que cualquier sujeto obtendría la posesión de la tierra como un acto de delegación de la Corona⁸⁴. La tenencia de la tierra podía ser libre (“freehold”) y feudal o censual (“copyhold”), lo que implicaba un tenedor de la tierra, es decir un teniente o poseedor (“holder”) y un señor (“lord”) cedente de la tenencia. Pero el “tenant” poseía la tierra y sus frutos, además de poder arrendarla *ad tempus*. En cuanto al tiempo de la tenencia, podía ser ilimitada (“ownership”) o temporal (“term of years”). La primera situación se asemeja a la propiedad absoluta y es considerada como un “estate in land” o también como una “fee simple” donde “fee” deriva de “feudum”, variante de “fief”⁸⁵. El “estate in the land” implicaba el goce efectivo del fundo, así como su materialidad y corporeidad. Tenía lugar, en la mentalidad jurídica medieval, por vía del típico y solemne acto de constitución y transferencia de los derechos, consistente en una simbólica ceremonia de infeudación con entrega de la *possessio*, denominada “livery of seisin”⁸⁶.

En cambio, en el Civil Law la propiedad se asienta en el Derecho romano y culmina en los Códigos civiles nacionales del siglo XVIII y XIX. El resultado es un derecho absoluto y exclusivo del sujeto sobre una cosa, mueble e inmueble, ubicado como centro del sistema de los considerados derechos reales y articulado, en su ámbito interno, en la oposición propiedad versus derechos reales limitados y, en su ámbito externo, en la contraposición a los derechos personales o de crédito. En la Common Law, sin embargo, el término “property” puede resultar ambiguo, dado que puede aludir a una cosa

⁸³ En palabras de MOCCIA, L., “Il modello inglese di proprietà”, cit., p. 35.

⁸⁴ CANNATA, C. A.- GAMBARO, A., *Lineamentistoria della giurisprudenza europea*, cit., p. 82.

⁸⁵ PIÑA HOMS, R., *Fundamentos jurídicos de Europa. Apuntes para una historia del Derecho europeo*, Palma de Mallorca, 2001, p. 220; LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos* (versión castellana A. Ruiz Miguel), Madrid, p. 183; STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., pp. 213-215.

⁸⁶ MOCCIA, L., “Il modello inglese di proprietà”, cit., p. 47.

físicamente considerada (“tangible thing”) o a derechos subjetivos (“rights” o “interests”)⁸⁷.

No obstante, al igual que en el Derecho romano clásico, en la Common Law gran parte de las cuestiones relacionadas con la propiedad están asentadas en términos procesales. Así, por un lado, nos encontramos con la “real property”, amparada y protegida por el “writ of right” o el “writ of entry”, dentro de lo que podemos considerar “real action” (*actio in rem*) que, a diferencia del modelo romano, no persigue la cosa a través del sujeto que la posee, sino que su objetivo es recuperarla⁸⁸. Por su parte, la categoría “personal property”, proyectada sobre los bienes muebles (“goods” o “chattels”), se encuentra protegida por “personal actions” que no aseguran la restitución de la cosa de una forma específica, sino el pago de una cantidad determinada en función del valor de la misma⁸⁹.

Terminológicamente, observamos la división entre bienes muebles e inmuebles. “Chattel” se refiere a la cosa mueble: término derivado de la voz “catalla”, lo mismo que la moderna palabra inglesa que significa “ganado” (“cattle”) y, en cierto modo, paralela a la palabra *pecunia* (que proviene de *pecus*)⁹⁰. Dicha división también se refleja desde el punto de vista jurisdiccional en los tribunales de la Corona, que se ocupaban de las cuestiones asociadas a la “property real”, posesión de inmuebles y asuntos penales graves, mientras que las “Churchs Courts” entendían de las cuestiones *mortis causa* en relación con los “chattels”⁹¹. La jurisdicción eclesiástica tendrá cierto control sobre las transmisiones de los bienes muebles, ante la imposibilidad de intervenir sobre los inmuebles, consiguiendo que gran parte de dichas transmisiones se destinaran a fines piadosos⁹².

Otra cuestión de interés viene referida a las formas de transmisión de la propiedad en el sistema inglés. Según Galgano, éste «ha interpretado en esta materia las exigencias del respeto a la voluntad de los particulares, estableciendo la regla según la cual corresponde a los contratantes determinar en qué momento se transmite la propiedad: si

⁸⁷ Ibid., pp. 38-39.

⁸⁸ Ibid., p. 41, nts. 14 y 15.

⁸⁹ SIRKS, A. J. B., “Personal and real estate”, en AA.VV., *800 años de Historia a través del Derecho romano* (Coord. A. Castresana), Universidad de Salamanca, 2018, pp. 70-72.

⁹⁰ PUIG BRUTAU, J., “Los conceptos fundamentales del Derecho civil a través del Derecho comparado”, en *Medio siglo de estudios jurídicos*, Barcelona, 1997, p. 48. Vid., asimismo, el clásico texto de POUND, R., *The spirit of the Common Law*, Boston, 1921, pp. 20-55.

⁹¹ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 215.

⁹² DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (trad. esp. P. Bravo Gala), Aguilar, Madrid, 1969, p. 246.

al concluirse el contrato o en el momento de la entrega o del pago del precio»⁹³. Así pues, la transmisión de la propiedad no dependerá del contrato, sino de la intención de las partes⁹⁴.

A partir del siglo XIX la propiedad se transmite según la presumible voluntad de las partes, en el mismo momento del contrato, según el principio consensualista⁹⁵. Dicho principio es un claro mecanismo para activar la circulación de bienes, ya que en Inglaterra la propiedad, históricamente, está arraigada en una concepción feudal, al igual que en el continente existen vinculaciones de la tierra a favor de sus descendientes. Esta vinculación (“entailed interest”) solo puede pasar, a la muerte de su titular (“tenant in tail”), a su descendencia directa (“heirs”). Tal sistema obedece al “espíritu del estatuto De donis”, en el que -al igual que en los mayorazgos y fideicomisos de los países del *Directum*- el propietario no puede enajenar, ni gravar su finca durante su vida para evitar la pérdida de dicha propiedad para su descendencia⁹⁶. Será, en cambio, a partir de los postulados del iusnaturalismo y el liberalismo cuando se produzcan reformas en el sistema, sobre todo a partir de la “Administration of Estates Act” (1925). Su resultado será una superación de las formas medievales de la propiedad y la simplificación de las formas de transmisión de la misma.

La clara diferencia con el Civil Law se percibe en el hecho de que la propiedad inglesa había sido históricamente concebida como una relación entre personas, predominando una concepción obligacional entre particulares. Ello es fruto, en opinión de la doctrina, de la herencia feudal. Como observa Frank, el feudalismo estaba esencialmente fundado en vínculos personales y las relaciones feudales eran contractuales, creadoras de un estatus que impone recíprocas obligaciones de lealtad personal. Asimismo, Noyes determina que la estructura de la propiedad territorial de la Edad Media inglesa fue producto de la organización del feudalismo y por eso no

⁹³ GALGANO, F., “La transmisión de la propiedad en Civil Law y Common Law”, en *Atlas de Derecho privado comparado*, (trad. esp. J. A. Fernández Campos- R. Verdura Server), Fundación cultural del Notariado, Madrid, 2000 p. 191.

⁹⁴ Sobre la transmisión de la propiedad en la Common Law, vid. LAWSON, “The passing of property and risk in sale of goods. A comparative study”, en *Law Quarterly Review*, 1949, pp. 352 ss; ZAPHIRIOU, U. G. A., “The transfer of chattels”, en *Private International Law. A comparative study*, London, 1956; WAELBROECK, M., *Le transfert de la propriété dans la vente d’objets mobiliers corporels en Droit comparé*, Bruxelles, 1961; BUCKLAND, W.W.- McNAIR, A., D., *Derecho romano y Common Law* (trad. esp. I. Cremades Ugarte), Madrid, 1994, pp. 116-130.

⁹⁵ En las diferentes normativas sobre la compraventa, especialmente en la “sale of Goods Act” de 1893 y de 1979 se dice que, salvo que las partes hayan establecido lo contrario, el efecto del contrato es la atribución de la propiedad al comprador. El contrato será “sale” cuando es inmediatamente traslativo de la propiedad y el “agreement to sell” obliga a transmitir la propiedad. Vid. GALGANO, F., “La transmisión de la propiedad en Civil law y Common Law”, cit., pp. 191-192.

⁹⁶ PIÑA HOMS, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 222.

encajaba con la concepción romana de *dominium*⁹⁷. Evidentemente, la visión romana del *dominium* parte del carácter absoluto de la propiedad civil, como derecho real “par excellence”, defendida por medio de la *actio reivindicatoria*, que permite perseguir y reclamar la cosa en manos de quien se encuentre⁹⁸.

La manera, pues, de regular la protección de la propiedad es lo que marca, asimismo, la diferencia entre los dos sistemas jurídicos. Así, en la Common Law, para reclamar la cosa, aun reconociendo la distinción entre propietario y poseedor, no se exige al primero demostrar su derecho para reivindicar el objeto. Bastaba simplemente demostrar una mejor situación posesoria. Como señala Stein, el registro de los títulos inmobiliarios constituye una especie de propiedad absoluta. Tratándose de cosas muebles, por su parte, el “torts act” (1977) establece que cuando dos sujetos se declaran propietarios de la cosa, el demandado podrá probar que un tercero tiene mejor derecho que el actor, de forma que las controversias que se susciten podrán ser resueltas en un solo juicio⁹⁹.

La conexión con el Derecho romano clásico se sigue observando en la medida en que la Common Law no contiene una definición de propiedad. Sin embargo, en el *Ius commune* se elaboran múltiples definiciones de corte romanístico, siendo el Còde el que ejerza una influencia decisiva en el resto de Códigos del ámbito del Civil Law, mediante la tipificación de las categorías jurídicas¹⁰⁰.

Brevemente, en relación a otros derechos reales el Common Law contiene categorías jurídicas: “easements”, “profit à prendre”... que se corresponden con la figura romana de las servidumbres prediales. La primera supone, entre otras atribuciones, ejercitar un derecho de paso. La segunda corresponde a la posibilidad de extraer materiales o pasto de un fundo de otro sujeto. Planteamientos análogos encontramos en los orígenes de las garantías inmobiliarias, que ahondan sus raíces en el Derecho romano. Aunque, inicialmente, el acreedor hipotecario podía retener la cosa (“mortgage”), la evolución de la figura se convierte en una carga (“charge”), redactada de tal forma (“legal mortgage”)

⁹⁷ Vid. estos autores en PUIG BRUTAU, J., “Los conceptos fundamentales del Derecho civil a través del Derecho comparado”, cit., pp. 39-46.

⁹⁸ Desde una perspectiva general vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 10ª ed., Madrid, 2017, cap. XVIII, con abundante bibliografía. En particular, vid. MARRONE, M., *La legittimazione pasiva alla reivindicatio*, Palermo, 1970.

⁹⁹ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 205.

¹⁰⁰ Vid. MIQUEL, J., *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984, pp. 147-149. También, MONTES, V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 62 ss.; PESET, M., *Dos ensayos sobre historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1988, pp. 116 ss., quienes ponen de manifiesto que las diferentes formulaciones sobre la propiedad en los Códigos civiles implican la consagración definitiva de la privatización y la apropiación de los bienes patrimoniales, cerrando un proceso puesto en marcha por los diferentes regímenes liberales.

que es muy análoga en su estructura y funcionamiento a la hipoteca romana (*conventio pignoris*)¹⁰¹.

En definitiva, son muchos los supuestos en que se deja sentir la influencia del Derecho romano. Stein refiere el caso de 1987 relativo a los derechos de dos Compañías petrolíferas cuyo petróleo había sido mezclado en la bodega de un petrolero de una de ellas. El juez no tuvo en cuenta el precedente que entendía que una de las partes estaba autorizada para hacerse con la totalidad del petróleo mezclado. Reiteró que no estaba ligado por el precedente, sino que es libre de adoptar la regla que requería la justicia, por lo que procedió a aplicar la regla romana de la *confusio*, dividiendo el petróleo entre las partes de acuerdo con sus respectivas cuotas y acordando una demanda por daños para cualquier pérdida causada por culpa (l. 2,1,27)¹⁰².

IV. DERECHO DE SUCESIONES

La materia hereditaria presenta en la Common Law algunas diferencias con respecto al Civil Law. Una de sus especiales particularidades -como hemos tenido ocasión de constatar- viene dada por el origen feudal de la propiedad, lo que trae como consecuencia la conservación y adscripción del patrimonio inmobiliario familiar al primogénito. El heredero no es continuador del causante, sino más bien un beneficiario de sus bienes. Stein pone de manifiesto que, en Inglaterra, el patrimonio del difunto (“estate”) pasa al “personal representative” que puede obtener o no algún beneficio. Su deber es administrar el patrimonio, pagar las deudas y los impuestos y distribuir el remanente a los beneficiarios ya sea por testamento o *ab intestato*¹⁰³. El escenario que se encuentra a la muerte del causante en el Civil Law, donde la posición del heredero es inatacable, no es el mismo en la Common Law, puesto que el heredero es un mero destinatario del remanente que pudiera quedar de la herencia.

La gran discrepancia entre ambos sistemas reside, sin duda, en el problema elemental de atender a los acreedores del causante. En el Derecho inglés, la muerte del deudor es un momento oportuno para extinguir la deuda pagada al acreedor. En un sentido contrario, en el Civil Law la muerte del deudor no afecta a la relación crédito-

¹⁰¹ Una visión más amplia sobre los *iura in re aliena* en la Common Law en STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., pp. 221-224.

¹⁰² STEIN, P., *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica* (Prol. J. P. Fusi/ trad. esp. Homero, C.- Romanos, A.), Madrid, 2000, p. 179.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 231.

deuda, ya que se constituye con el heredero de éste, nuevo deudor situado en posición del anterior¹⁰⁴.

Durante la Edad Media, en Inglaterra, la Iglesia -al objeto de que los causantes dejaran sus bienes, o parte de ellos, "ad pias causas"- promueven la figura del albacea ("*executor testamenti* o *executor ultimae voluntatis*"). Éste se podía nombrar por el testador o, en otras ocasiones, los tribunales eclesiásticos nombraban administradores ejecutores. Se trata de un sistema de "personal representative" del difunto, inicialmente limitado a los bienes muebles del difunto¹⁰⁵. Este albacea inglés hunde sus raíces históricas en la figura del *heres fiduciarius* (D. 5,6)¹⁰⁶, que encaja dentro de la tradición romanística en el *Liber Decretalium* (lib. III, tit. XXVI, cap. XVII), donde se enfatiza que debe seguirse la voluntad del testador (*in omnibus piis voluntatibus*), pero vigilando también que el albacea no olvide sus obligaciones. La conexión con el Derecho romano es evidente, puesto que el *executor* tendrá como función principal liquidar el patrimonio relicto y atribuir posteriormente su valor neto a los herederos fiduciarios¹⁰⁷.

La Iglesia reconoció, desde el primer momento, la figura del albacea y puso a disposición de los testadores a los funcionarios de su Administración. A ello hay que añadir -como observa M. J. Roca- que el Obispo se convertía en albacea de quienes morían sin testamento y de quienes habiendo otorgado no habían nombrado albaceas¹⁰⁸.

Por otro lado, en la Common Law, los diferentes tipos de propiedad condicionan la materia hereditaria. Así, la "property real" es la única que admite la condición de heredero ("heir at law") como adquirente inmediato de la propiedad real. Por el contrario, en la propiedad personal el *executor* testamentario -o administrador judicial en el caso de la sucesión intestada- se hace cargo de la herencia¹⁰⁹. En este último supuesto, los administradores son nombrados entre parientes ("next of Kin") que gozaban de una *possessio* análoga a la del "trustee" o fiduciario, de forma que la "property personal" no

¹⁰⁴ PUIG BRUTAU, J., "Los conceptos fundamentales del Derecho civil a través del Derecho comparado", cit., pp. 53-55.

¹⁰⁵ Sobre la historia del albacea testamentario vid. ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho europeo. La tradición del Derecho civil en la actualidad* (trad. esp. Rodríguez Olmos), Bogotá, 2010, pp. 191-194.

¹⁰⁶ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1982, pp. 648 ss., con abundante bibliografía en nt. 169.

¹⁰⁷ La presencia de la figura del administrador provoca que en el Derecho inglés no se conozca el concepto de sucesión universal. ZIMMERMANN, R., *Ibid.*, p. 194.

¹⁰⁸ ROCA, M. J., "La reforma protestante en el Derecho hereditario y en la abstracción del negocio jurídico", *e-LHR*, 27, mayo 2018, p. 6 (www.iustel.com).

¹⁰⁹ PUIG BRUTAU, J., "Los conceptos fundamentales del Derecho civil a través del Derecho comparado", cit., p. 52, nts. 35,36 y 37.

pasaba a los parientes hasta que el administrador dejaba liquidada las deudas¹¹⁰. Los diferentes herederos eran identificados en función de la parentela, partiendo del causante y sus descendientes. En el supuesto de concurrencia, el heredero masculino se prefiere al femenino. Ahora bien, faltando herederos masculinos, acceden las mujeres y se reparten la herencia como copropietarias (“co-parceners”). Si el causante no dejara hijos, acceden a la herencia los ascendientes y el que se encuentra en un grado más próximo recibe la totalidad¹¹¹. De nuevo, el modelo de propiedad y de bienes condiciona la herencia. Como hemos observado, la “real property” está marcada por una familia estrecha (“strict family settlement”), donde la regla de la primogenitura debe ser respetada por los diferentes sucesores. En cambio, la “personal property”-normalmente bajo jurisdicción eclesiástica- admite que el testador pueda dejar un tercio del caudal para fines religiosos y el resto viene dividido en partes iguales entre los hijos y otros parientes¹¹². Paulatinamente, el sistema hereditario que diferencia entre bienes muebles e inmuebles se va unificando y, a partir de la “Administration of Estate Act” se introduce una sucesión uniforme, tanto para la inmobiliaria, como la mobiliaria.

Es evidente que en el Derecho inglés histórico no existe el concepto de sucesión universal, sobre todo porque en la Edad Media un sujeto solo podía ser tenedor de tierra de un señor *dominus*. Con posterioridad, se le permitirá abarcar varias tenencias, pero cada feudo formaría una *hereditas* diferente, sin poder ser acumuladas al fallecer el causante. Pese a la extinción del feudalismo, subsistirán estos esquemas jurídicos de clara procedencia feudal.

Una de las instituciones claves de todo sistema hereditario, como es el testamento, en Derecho inglés debía ser firmado por el testador. Si no sabía o no podía firmar, debía ser rubricado o marcado con una pluma por el testador o firmado por cualquier otra persona en su presencia o a petición suya. La firma del testamento se debía ratificar en presencia de testigos. Si en el mismo existiera alguna intercalación a través de una raspadura, es útil hacerla firmar al margen por los testigos, a fin de constatar su existencia en el momento de la firma. Por su parte, no tenían la condición de testigos ni los incapaces, ni los legatarios, ni el cónyuge de un legatario. Asimismo, la declaración

¹¹⁰ La situación del administrador es equiparable a un “trust for sale”; institución muy útil en gran número de situaciones jurídicas, entre otras, la realización de la venta de un bien o la liquidación de una sucesión. PUIG BRUTAU, J., *Ibid.*, pp. 237-238; SÉROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglésy norteamericano*, (trad. esp. E. Alcaraz Varó), Ariel, Barcelona, 1998, pp. 59-60.

¹¹¹ Sobre las diferentes reglas que ordenan la sucesión en relación a la “personal property” y la “real property” vid. PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés* (trad. esp. E. Pardo Unanua, revisión de M. Gómez Rojo), Zaragoza, 2000, pp. 136-137; RHEINSTEIN, M., v. “Common Law-Equity”, *EdD*, 3, p. 970.

¹¹² RHEINSTEIN, M., *Ibid.*, p. 971.

de voluntad del testador se debía realizar en términos claros e inteligibles para que fuera perfectamente comprensible.

Pese a la libertad de testar, la existencia de la “New Zealand family protection act” (1908) y, posteriormente, la “Provision for family and dependants” vienen a proteger, a través de los tribunales, al cónyuge y descendientes que fueran perjudicados. Se concede al juez discrecionalidad para modificar las cláusulas testamentarias que hayan perjudicado a los herederos que lo hayan puesto de manifiesto a través de la acción hereditaria correspondiente¹¹³.

La redacción del testamento viene marcada, además, por una serie de disposiciones. A los testigos les está prohibido expresamente sacar lucro o beneficio del acto en el que intervienen. Los administradores tienen el deber de obtener del tribunal un “grant of probate”, es decir, un reconocimiento oficial de la autenticidad del testamento. De manera que, el *executor*, después de haber liquidado las deudas y los gastos derivados de los impuestos sobre los rendimientos del capital, procederá a abonar los legados específicos y pecuniarios, distribuyendo el resto de la herencia entre las personas mencionadas en el documento. El plazo es de un año para exigir las disposiciones testamentarias, antes de que los beneficiarios se puedan oponer por un retraso excesivo en la ejecución del testamento¹¹⁴.

Por último, el testamento puede ser revocado si el causante destruye el documento original o altera su firma. Como en el Derecho romano, se trata de un acto de voluntad revocable por un testamento posterior. A veces se introduce un codicilo como acto testamentario por el que alguna disposición del testamento es modificada o es añadida una nueva¹¹⁵.

V. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Las obligaciones en la Edad Media inglesa vienen reguladas de una forma análoga a la del Derecho romano clásico, donde un acuerdo no era jurídicamente sancionable y solo “erano concesse azioni in difesa di particolari tipi di patti”¹¹⁶. Si bien, podemos percibir cómo inicialmente no existió ningún “writ” mediante el cual se pudiera acudir a la jurisdicción real, con posterioridad fueron surgiendo dentro de la Common Law un conjunto de acciones que convergen con las creadas por la jurisprudencia clásica romana. Asimismo, observamos cómo las relaciones obligacionales se relacionan con la

¹¹³ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 237.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 237 in fine.

¹¹⁵ PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 131.

¹¹⁶ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 261.

propiedad y el contrato. Este último, además, se conecta con la idea de daño (“tort”), como consecuencia de la vulneración de una promesa o de una *obligatio*¹¹⁷.

Una de las primeras formulaciones de la relación contractual se manifiesta a través de la “*actio of assumpsit*”¹¹⁸ en concordancia con la llamada infracción “*trespass on the case*”, acción que se concedía contra quien había incumplido una obligación o la había cumplido de una forma inexacta. Se concibió, en sus orígenes, como una reclamación para el resarcimiento del daño, ya que estaba más cercana al “tort”, aunque con posterioridad sale de ese ámbito restringido y se proyecta a todo tipo de incumplimiento “contractual”. Surgida de una acción de naturaleza penal, se liberará de las exigencias propias de su origen¹¹⁹.

Entre las acciones que empiezan a emerger destacan una serie de remedios a disposición del acreedor como: el “*writ of debt*”, a través del cual o del correspondiente “*breve*” se exige la devolución de una deuda al obligado, si bien la condición de deudor no surge del acuerdo, sino del hecho de la entrega de la cosa, fundamentada en un pacto. Se trata, pues, de una acción análoga a las *obligationes re* del Derecho romano. Además, como remedio procesal tenía otras aplicaciones como obtener el pago del precio en una compraventa o para la devolución de una renta debida.

Otra acción relevante es el “*writ of covenant*”, por el que se tutelaban promesas formales realizadas en un acto sellado, muy parecido a la *stipulatio*, cuya promesa era “*vestita*” para hacerla vinculante y que su protección jurídica fuera más eficaz¹²⁰.

Concretamente, será a partir de Bracton cuando se comience a reformular la teoría de los “*pacta vestita*” de Azo; además la evolución del “*assumpsit*” implicará la insistencia del ordenamiento canónico en la protección de los *pacta nuda* cuando se falte a la fe prestada¹²¹.

Surgen, además, otras acciones como la “*account*” que, aunque tuvieron poco desarrollo, fueron útiles para la exigibilidad de deudas relativas a rentas y mercaderías vencidas. Igualmente, destaca con bases romanísticas, la “*detinue*” -similar a la *actio in*

¹¹⁷ Al respecto, vid. FIFOOT, C.M.S., *History and sources of the Common Law: tort and contract*, London, 1949, pp. 49 ss. También, FLEMING, J., *The Law of torts*, Oxford, 1985; DELL’AQUILA, E., *El contrato en el Derecho inglés. Aspectos de Derecho comparado*. Barcelona, 2001, pp. 31 ss.

¹¹⁸ Sobre el particular vid. SIMPSON, A.W.B., *History of the Common Law of contract. The rise of the action of assumpsit*, Oxford, 1975.

¹¹⁹ ALPA, G., *Lineamenti di diritto contrattuale*, AA. VV., *Diritto privato comparato*, Roma-Bari, 2005, p. 176.

¹²⁰ MAITLAND, F., *Las formas de acción en el Common Law*, (trad. esp. I. Cremades Ugarte), Madrid-Barcelona, pp. 154-157; BUCKLAND, W.W.- McNAIR, A.D., *Derecho romano y Common Law*, (trad. esp. I. Cremades Ugarte), Madrid, 1994, pp. 259-262.

¹²¹ MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la Common Law*, (prólogo S. Kuttner), Civitas, Madrid, 1991, pp. 141-142.

rem- para recuperar “chattels”, aunque al demandado se le permite entregar los bienes muebles o pagar una indemnización fija. Todos estos remedios procesales van también destinados a tutelar promesas formalizadas en un “deed under seal”, como una *stipulatio* romana¹²².

El desarrollo evolutivo de las diferentes acciones nos permite extraer algunos perfiles característicos del contrato en Inglaterra. Como refiere R. David: «en el siglo XIII los contratos eran competencia de diferentes jurisdicciones: eclesiásticas, municipales o comerciales. Los tribunales de Westminster no conocían de las cuestiones contractuales, salvo en los casos que estaban a caballo entre materias de propiedad y contrato»¹²³.

En la actual doctrina académica inglesa el tema del contrato tiene dos caminos bien definidos. En una línea doctrinal encontramos a P.S.Atiyah, quien considera el contrato como un acto de autonomía privada, cuyo eje fundamental es el control de las partes, mientras que el juez y el legislador tienen una participación excepcional. Esta visión sitúa el contrato como piedra angular del sistema y lo conecta al racionalismo de fundamento romanístico y al principio de la “sanctity of contract”¹²⁴. Para Dell’Aquila esta línea encaja perfectamente con el espíritu del Derecho inglés, que se inclina a regular los negocios con libertad, de forma que el Estado interfiera lo menos posible en las relaciones contractuales, a diferencia de los modelos romanísticos que tienen muy disciplinados los contratos con figuras típicas y cerradas¹²⁵.

Otra línea es la que defiende Treitel, quien observa el contrato como un acto jurídico sometido a todo tipo de intervenciones externas consentidas por el ordenamiento. Rechaza, pues, su carácter privado y se decanta por una moderna concepción de la realidad obligacional, calificada por sus contrarios como la “muerte del contrato”¹²⁶.

En la realidad económica y social inglesa nos encontramos, actualmente, con tipologías de contratos: por un lado, de naturaleza individual y, por otro, que se celebran en masa. La doctrina (“authors”) muestra una especial mirada sobre las diferentes categorías contractuales, muy por encima de la creación jurisprudencial. Esta vitalidad de la doctrina contrasta, como afirma G. Alpa con «períodos históricos anteriores, en donde la doctrina se limitaba a incorporar las innovaciones del “judge made Law” o simplemente sistematizaba los conceptos elaborados por los tribunales»¹²⁷.

¹²² STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 262.

¹²³ DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., pp. 249-250.

¹²⁴ ATIYAH, P. S., *Introduction to the Law of contract*, Oxford, 1995, p. 25

¹²⁵ DELL’AQUILA, E., *El contrato en el Derecho inglés*, cit., p. 31.

¹²⁶ TREITEL, G. H., *The Law of contract*, London, 1995, p. 1; ID., *Anoutline of the Law of contract*, London, 1995, p. 62.

¹²⁷ ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, cit., p. 169.

Inglaterra, no obstante, no permanecería en completa incomunicación con el continente, sino que existieron contactos con el *ius commune* y se incorporarían elementos del Derecho romano y el canónico, lo que producirá -en palabras de Markesinis- una “gradual convergence” entre ambos sistemas jurídicos¹²⁸. Dicha convergencia se observa, también, analizando situaciones en las que se impone a un sujeto la obligación de pagar una cantidad de dinero sin que haya acuerdo o hecho delictivo. En Derecho romano estos casos de *solutio indebiti* eran exigibles a través de *condictio*, esquema muy parecido en Derecho inglés mediante la “*indebitatus assumpsit*”. En Derecho romano se consideraban *quasi ex contractu*, mientras que en la Common Law son contratos presuntos (“*implied* o *constructive*”).

Desde un planteamiento dogmático, en el ámbito de la Common Law no resulta fácil una definición unívoca de contrato. Para Alpa, el término encierra diferentes acepciones, no pudiendo dar una definición general o abstracta: «existen singulares operaciones contractuales entre las partes, teniendo muy presente que su significado cambia según el contexto»¹²⁹. Asimismo, la diversidad terminológica se plasma en las categorías siguientes (siguiendo a Seroussi¹³⁰): en primer lugar, el “*simple contract*” de naturaleza bilateral, sin formalidad alguna, que depende de una prestación versus contraprestación y puede realizarse oralmente (“*verbally*”) o por escrito (“*in writing*”). La bilateralidad se puede deducir de la conducta de las partes (“*implied by conduct*”). En una línea opuesta se sitúa el “*deed*”, negocio unilateral desde la perspectiva continental. Junto a estas modalidades, y en base a los planteamientos de Alpa, nos encontramos con los llamados “*speciality contracts*”, entre los que destaca el “*contract under seal*”, escrito, firmado y sellado; seguido del “*executory contract*”, además del “*adhesion contract*” o el “*standard contract*”¹³¹.

La tensión sobre la naturaleza del contrato permanecerá en la moderna doctrina del Common Law. Por una parte, un sector doctrinal considera como eje del contrato la promesa¹³². Por otra, hay quienes plantean el fundamento del contrato en el “*bargain*”

¹²⁸ MARKESINIS, B., “Learning from Europe and learning in Europe”, en *The gradual convergence. Foreign ideals. Foreign influences and English Law on the eve of the 21st Century*, Oxford, 1994, pp. 30 ss.

¹²⁹ ALPA, G., *Lineamenti di diritto contrattuale*, cit., p. 175.

¹³⁰ SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, cit., pp. 32-33. Vid., también, DELL’AQUILA, E., *El contrato en el Derecho inglés*, cit., pp. 34-35.

¹³¹ ALPA, G., *Lineamenti*, cit., pp. 188-192.

¹³² POLLOCK, F., *Principles of contract. A Treatise on the General Principles concerning the validity of agreements in the Law of England*, London, 1921, p. 10.

(intercambio o negociación), rechazando la versión de que el concepto de contrato se asiente en un “agreement” o “promise”¹³³.

Al margen de cualquier consideración, la cuestión en Derecho inglés no radica tanto en una visión abstracta del contrato, sino más bien en operaciones típicas de naturaleza contractual entre las partes.

Otro de los elementos clave en el Derecho inglés, calificado por la doctrina¹³⁴ como una de las figuras más característica del Derecho de contratos del Common Law, es la “consideration”, que encuentra gran analogía con la idea de causa propia del Civil Law. Si bien, como aprecia Seroussi: «la teoría de la consideration se aproxima al concepto francés de causa, pero su contenido, sus atributos y sus efectos son distintos de los del Derecho romano y por tanto se alejan de éste»¹³⁵. Para Dell’Aquila, sin embargo, la esencia de la ‘consideration’ reside en un *do ut des* o en un *facio ut facias*, según la clasificación justiniana. De ahí que los juristas ingleses entiendan que el contrato para ser válido debe contener un *quid pro quo*¹³⁶. De forma que, para la validez y legalidad de un contrato, sea intrínsecamente necesario que exista una operación de cambio, por la que las partes reciban una ventaja y que produzca reciprocidad de beneficios¹³⁷.

La causa del Civil Law y la “consideration” del Common Law encuentran su conexión, precisamente, en esa reciprocidad (“reciprocal”). Guzmán Brito entiende -partiendo de Blackstone-, que se puede considerar “the reason” que mueve a una parte a contratar: «si hay una parte que está dispuesta a hacer una prestación, lo hace porque ha de recibir otra a cambio». De ahí que exista, por un lado, la “good consideration” (contraprestación moral) y, por otro, la “valuable consideration”, que tiene naturaleza pecuniaria, pero puede consistir también en una actividad externa¹³⁸.

Esta conexión con la causa romanística no debe impedir el análisis de la “consideration” bajo el prisma anglosajón, pues se la conceptúa como recompensa o se

¹³³ ATIYAH, P. S., *Introduction to the Law of contract*, cit., p. 25.

¹³⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor, 2005, pp. 441-442.

¹³⁵ SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, cit., p. 34; DAJCZAK, W., *Derecho romano de obligaciones. Continuación y modificaciones en la tradición jurídica europea* (versión española por Iwona Stoinski-Kaliska y Daniel Martín Vegas, junto con el autor), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2018, pp. 138-142.

¹³⁶ DELL’AQUILA, E., *El contrato en el Derecho inglés*, cit., p. 72.

¹³⁷ ATIYAH, P. S., *Considerations in contracts: a fundamental restatements*, Australia National University Press, Canberra, 1971, p. 9.

¹³⁸ GUZMÁN BRITO, A., “La doctrina de la consideration en Blackstone y sus relaciones con la causa en el *ius commune*”, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, cit., pp. 441-477.

la vincula como el fundamento de una promesa, constituyéndose en requisito de reciprocidad para la obligatoriedad de las promesas contractuales¹³⁹.

VI. USES Y TRUST

El “use” es una figura previa al “trust” y es una categoría jurídica propia de la Common Law, con múltiples aplicaciones con el objetivo de atemperar la rigidez del sistema jurídico. Esta flexibilidad se manifiesta en diferentes supuestos, por ejemplo en el ámbito de la transmisión de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, ante la rígida prohibición de testar libremente con respecto a la “property real”.

El origen del “trust” se reconoce en el régimen de los “uses”, término que proviene del latino *opus* en la forma “oes”, vocablo que viene a significar la labor que se realizaba en el “Domesday Book” (1086) donde eran registradas tierras *ad opus dominis regis* (en nombre del rey, para el rey)¹⁴⁰.

La regulación de estas figuras, en un primer momento, estuvo bajo la jurisdicción canónica (“Courts cristians”) y, posteriormente, bajo la jurisdicción de la Equity (“Court of Chancery”), ante la denegación de protección de los “uses” por parte de los tribunales del Common Law¹⁴¹.

Se trata, pues, de una asignación de la propiedad a una persona con el objeto de que el uso real de la cosa pertenezca a otra persona, a quien no es posible designarlo como propietario. Dicho beneficiario es denominado en anglo-normando “cestui queuse”, por lo que algunos autores han conectado la institución con el *usus* latino¹⁴². Otras corrientes doctrinales consideran, sin embargo, que el desmembramiento de la propiedad no se lleva a cabo a través de los esquemas jurídicos del Civil Law¹⁴³.

Como señala Maria Chiara Malaguti: «el “use” indicaba precisamente, en la posesión de inmuebles, la tenencia de un bien en interés de otro sujeto (*ad opus*)»¹⁴⁴. Desde el punto de vista histórico, la praxis del “use” en la transmisión de un bien propio a otro sujeto, obliga, pues, a este último a tenerlo para las finalidades del transmitente. Las razones económicas de esta figura hay que rastrearlas en el uso que hacían los vasallos

¹³⁹ Un acercamiento entre “consideration” y causa contractual en ALPA, G.- BESSONE, M. (edit.), *Causa y consideration*, Padova, 1984.

¹⁴⁰ CANNATA, C. A., “La proprietà e le proprietà”, en *Materiali per un corso del Diritto europeo*, Torino, 2005, p. 57, nt. 75.

¹⁴¹ MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Derecho angloamericano y Derecho canónico*, cit., p. 75, nt. 57.

¹⁴² LOSANO, M., *Los grandes sistemas jurídicos* (versión esp. Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, 1982, p. 181.

¹⁴³ DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 275.

¹⁴⁴ MALAGUTI, M. C., “El trust”, en Galgano, F. et alii, *Atlas de Derecho privado comparado*, cit., p. 327.

de esta práctica para evitar los gravámenes fiscales impuestos por los señores feudales en el momento del fallecimiento del propietario del bien¹⁴⁵.

Paulatinamente, esta figura jurídica derivará en el “trust”, una de las instituciones más típicas del Common Law, a juicio de Malaguti, y también más difíciles de comprender para un jurista del Civil Law, al no poder asimilarse a ninguna figura de derivación romanística¹⁴⁶. Anteriormente, en una línea análoga, Maitland había manifestado que el “trust” era «el resultado natural de antiguos y venerables factores ingleses», por lo que se había desarrollado en total aislamiento del *Ius commune*¹⁴⁷. No obstante, Zimmermann apunta que el Derecho romano no habría desarrollado, ciertamente, un concepto unitario y abstracto de “trust”, pero habría reconocido determinadas formas de fiducia y cargos de confianza¹⁴⁸.

Podemos observar cómo en sus orígenes, antes de su consolidación, el “trust” no se encontraba amparado por la Common Law. De manera que los beneficiarios de éste no tenían un remedio legal contra la violación de la voluntad del fundador del mismo. Al tratarse de un comportamiento alejado de los principios ético-morales, el Canciller real actuaba por medio de la jurisdicción de la “Equity”. A partir del siglo XIV la institución pasó a ser competencia de la “Court of Chancery”¹⁴⁹.

Sobre la naturaleza jurídica de la figura, un sector doctrinal mayoritario la considera un derecho real, si bien Maitland opina que constituye un derecho personal asimilado a un *Ius in rem*, es decir, un derecho ejercitable esencialmente contra una persona -el “trustee”- pero tratado como si fuera equivalente a un derecho que pueda hacerse valer *erga omnes*¹⁵⁰.

La jurisdicción eclesiástica asumió el control del “use” como consecuencia de la aplicación de los “statutes of Mortmain” (1217), que no permitían a las instituciones eclesiásticas la adquisición de bienes inmuebles. Para evadir la legislación se hizo costumbre enajenar los bienes a una persona interpuesta que fuera de confianza del clero.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Derecho angloamericano y Derecho canónico*, cit., pp. 190-191.

¹⁴⁶ MALAGUTI, M. C., “El trust”, cit., p. 326.

¹⁴⁷ Citado en ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano*, cit., p. 82.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 84.

¹⁴⁹ CANNATA, C. A., “La proprietà e le proprietà”, cit., p. 58. No solamente el trust, sino también la “injunction” y la “specific performance” son instituciones típicas del Derecho anglosajón que se deben exclusivamente a los tribunales de la equidad. Vid. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “Consideraciones sobre la influencia del Derecho canónico en la tradición jurídica de la Common Law”, *Ius Canonicum*, XXVIII, 53, 1987, p. 362.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Ibid.*, p. 363.

En definitiva, entendemos la complejidad de esta institución conectada a la problemática del derecho de propiedad en Inglaterra y a cierta distancia de los principios romanísticos vinculados al propietario (tales como el *usus, fructus* y *abusus*). El “trustee” podía realizar actos de gestión y de disposición sobre los bienes del “trust” y, sin embargo, carecía de uso y goce de la cosa. Tampoco disponía del *ius abutendi*¹⁵¹.

El origen del “trust”, a través del “use”, se sostiene en el hecho de que el propietario que iba a las Cruzadas cedía la tierra a un tercero, para que éste la mantuviera en interés del propietario hasta que volviera. Igualmente, para evitar que los bienes de la mujer que contraía matrimonio pasaran a propiedad del marido era común cederlos a un tercero “to the use” de la esposa¹⁵². Además, posteriormente, se aplica a diferentes supuestos para eludir el rígido formalismo del tribunal de la Corona. Como observa Zimmermann «tanto en Inglaterra, como en el continente fueron utilizadas las construcciones fiduciarias para sortear incómodas limitaciones jurídicas y para hacer realidad así objetivos que de otra forma no eran alcanzables»¹⁵³.

A lo largo de la Historia percibimos cómo la actitud del legislador ha sido de rigor y de exigencia llegando a desconfiar de este concepto básico, sobre todo para evitar la multiplicación de fundaciones fraudulentas, realizadas, por ejemplo, en momentos antes de la declaración de una quiebra (“statutes of use” 1536). Pero es innegable la existencia de numerosos “trusts”, legales y convencionales, aplicables a distintos supuestos, que evidencian el sentido pragmático del ordenamiento jurídico inglés y que hacen complejo comparar esta figura con algunas del sistema jurídico romano-germánico¹⁵⁴.

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL

Para un sector doctrinal minoritario, los modelos inglés y continental no tienen «legami diretti»¹⁵⁵. Contrariamente, Stein considera que el régimen inglés de los ilícitos civiles o “torts” está destinado a tutelar a aquellos que han sufrido un daño como consecuencia de la conducta ilícita de otro, aproximándose al modelo romano, aunque con una serie de situaciones diferentes con sus normas particulares¹⁵⁶. En efecto, Paolo

¹⁵¹ Vid. DAVID, R.- JAUFFRET, C., *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 286-287.

¹⁵² ADJANI, G. et alii, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales* (trad. esp. Beatriz Gregoraci Fernández), Barcelona, 2010, p. 90.

¹⁵³ ZIMMERMANN, R., *Europay el Derecho romano*, cit., p.

¹⁵⁴ Un análisis de los diferentes tipos de “trust” en SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, cit., pp. 56-57.

¹⁵⁵ ZENO-ZENCOVICH, V., “La responsabilità civile”, en ALPA, G.- BONELL, M. J. et alii, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, cit., p. 249.

¹⁵⁶ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 268.

Gallo entiende que no existe un principio general de responsabilidad, sino más bien una pluralidad de remedios: “trespass”, “nuisance”, “conversion”, “deceit”, “assault”..., de forma que para obtener justicia, en caso de lesión de las cosas o de las personas, no era suficiente la demostración del daño sufrido, sino que hacía falta probar la concurrencia de alguno de los diversos “torts” reconocidos¹⁵⁷.

La figura más antigua de “torts” es el “trespass”, cuyo ilícito consiste en una lesión violenta contra una persona, sus bienes o su tierra. A ésta se añadirá la “conversion” que viene a ser el uso de una cosa mueble de otro sujeto de forma fraudulenta, similar al *furtum* romano. Por su parte, la “nuisance” se entiende como una conducta perturbadora a una persona en el uso de sus bienes. También encontramos la “difamation”, ya sea de forma oral (“slander”) o por escrito (“libel”)...¹⁵⁸.

En los primitivos sistemas romano-germánicos, al autor del ilícito se le obligaba a compensar a la víctima de la ofensa, retrotrayéndose a la más primitiva Ley del Talión. En cambio, en la Common Law predomina un sistema casuístico, condicionado por el modelo de “forms of action”. Uno de los remedios de partida es, sin duda, la “action of trespass”, de carácter penal, que condenaba toda interferencia ilícita hacia otra persona o sus bienes: primero, con una sanción de naturaleza punitiva y, más adelante, se añadiría una cantidad para el ofendido¹⁵⁹. Esta acción es propia de la rigidez del Common Law. De ahí que, con posterioridad, el Canciller real otorgara un “writ in consimili casu” que incluye supuestos análogos y comienza, así, a conformarse la “action of trespass on the case”. Esta última tiene naturaleza civil y, como refiere Vincenzo Zeno, reúne las siguientes características: a) su naturaleza civil, lo que predetermina una función resarcitoria; b) no requiere una intervención directa del autor de la ofensa y c) el ofendido debe alegar la culpa del obligado¹⁶⁰.

A partir del siglo XVII el sistema de los “torts” se transforma con el nacimiento y desarrollo del “tort of negligence” y viene a suponer una categoría autónoma a partir del siglo XX, dado que durante tiempo se discutió si la “negligence” era un auténtico “tort” o sólo un elemento constitutivo de otros “torts”. Ya a principios del siglo XIX, como consecuencia de las grandes transformaciones socio-económicas, el “tort of negligence” adquirirá gran trascendencia en materia de responsabilidad. Su nueva implicación procesal convierte esta acción en una dinámica no sometida a formalismos. Pero, sobre todo, con la sustancial diferencia de que el actor no perdía la causa si no probaba que el daño era directo. Con el mecanismo procesal de la “*rei ipsa loquitur*” se producía una

¹⁵⁷ GALLO, P., “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el Common Law”, en *Atlas*, cit., p. 262.

¹⁵⁸ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 269.

¹⁵⁹ ZENO-ZENCOVICH, V., “La responsabilità civile”, cit., p. 249.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 249.

inversión de la carga de la prueba y correspondía al demandado demostrar que no se había comportado negligentemente¹⁶¹.

Así es como el “tort of negligence” se va convirtiendo en una *actio* para exigir responsabilidad por supuestos que lleven aparejadas conductas culposas; de manera análoga a la *actio legis aquiliae* del Civil Law, acción de responsabilidad extracontractual más relevante¹⁶². Si bien, inicialmente, la judicatura inglesa realiza -siguiendo su pragmatismo- un análisis detallado de los ilícitos y sus características, con posterioridad éstos quedarán eclipsados por la figura preferente del “tort of negligence”, que comprende el daño a las personas o bienes de otro no habiendo empleado la diligencia requerida según las circunstancias¹⁶³.

Representa, pues, la vulneración de un deber de diligencia (“duty of care”), que crea situaciones inútiles de peligro a las personas o sus bienes¹⁶⁴. De ahí que observemos como elementos del “tort of negligence” los siguientes¹⁶⁵:

- a) “Duty of care” o deber de diligencia del que causa el daño frente a la víctima.
- b) Violación de la “duty of care” o “breach of the duty of care”, equivalente a nuestro concepto de culpa.
- c) Existencia de un daño (“damage”).
- d) Conexión causal entre la violación del daño y la lesión. Se exige no solo que el daño haya sido causado de hecho por el autor del ilícito, sino también que sea consecuencia suficientemente próxima (“proximate consequence”) en un plano de valoración jurídica del comportamiento negligente. Por tanto, para que proceda el resarcimiento hace falta el daño, la culpa (“breach of the duty”) y el nexo causal.
- e) Inexistencia de la causa de justificación o de responsabilidad o de concurso de culpa del que ha sufrido el daño.

Pese a los elementos expuestos, hemos de tener presente la secular aversión que los juristas ingleses sienten hacia los principios generales, excluyendo la posibilidad de que

¹⁶¹ GALLO, P., “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el Common Law”, cit., p. 263.

¹⁶² Al respecto, consúltese la siguiente bibliografía: LAWSON, F. H.- MARKESINIS, B. S., *Tortius liability for unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, 1982; DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, Oxford, 1984; MARKESINIS, *A comparative introduction to the German Law of torts*, Oxford, 1986; DELL’AQUILA, E., *I principi generali della responsabilità civile nel Diritto inglese*, Milano, 1989.

¹⁶³ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 269.

¹⁶⁴ SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, cit., p. 61.

¹⁶⁵ Siguiendo a GALLO, P., “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el Common Law”, cit., p. 264. Igualmente, ZENO-ZENCOVICH, V., “La responsabilità civile”, cit., p. 250.

pueda formarse una regla omnicompreensiva. Es por ello que el juez, en base al método del caso, determinara la existencia de un “duty of care” enumerando los supuestos en los que se ha violado o quebrantado la obligación. Lo que no impedirá, si es necesario, fijar cuál es el “standard of care” que se debería haber observado para confrontarlo con la conducta realizada. Se irá conformando, de esta manera, por la vía jurisprudencial el concepto de “diligence”, por el que el actor deberá demostrar el “breach of duty”.

Dentro de los estándares de conducta encontramos el “reasonable man”, cercano al modelo del *bonus paterfamilias* de la tradición romanística; cuestión a la que la doctrina literaria inglesa ha dedicado especial atención. Dicha conducta sirve para objetivar el estándar de funcionamiento de la misma y no tener en cuenta las condiciones físicas o psíquicas del presunto responsable. De forma que se viene, así, a abrir el camino hacia la responsabilidad objetiva, ya que los hechos se expresan por sí mismos, como violación del “standard of care”¹⁶⁶.

VIII. LAS RELACIONES FAMILIARES

En Inglaterra, con anterioridad a la conquista normanda, predominaba una visión amplia de la familia germánica. Cobraba gran importancia el círculo parental (“Mannschaft”) constituido por los parientes por parte del padre y la madre.

El matrimonio germánico se basaba en la compra simbólica de la mujer (“Kaufehe”) que pasaba de su padre a su marido, lo que implicaba un acuerdo entre las respectivas “Sippen”, o en el rapto de la misma (“Entführungsehe”)¹⁶⁷. Dicha visión del matrimonio se proyecta en el plano económico con la adquisición por parte del marido del patrimonio de su mujer, junto con la “Morgengabe” o “donación de la mañana”, realizada al día siguiente de la consumación del matrimonio, como reconocimiento de la virginidad¹⁶⁸. Más tarde, se consolidará un modelo de comunidad de bienes (o comunidad de gananciales) por el que, a partir de la disolución del matrimonio, se procede a la partición por mitad de todos los bienes, distribuyendo ganancias y pérdidas experimentadas durante la vida del matrimonio, sin extenderse a los bienes particulares que los cónyuges

¹⁶⁶ ZENO-ZENCOVICH, V., *Ibid.*, pp. 251-253. El criterio objetivo tenido en cuenta por los tribunales ingleses es el comportamiento de la persona razonable, es decir, el ciudadano medio u hombre de la calle dotado de raciocinio. De todas maneras, la norma no es inmutable y varía según la categoría de la persona, su formación o el grado de relación entre las partes, además de las circunstancias del caso. Vid. SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, cit., pp. 62-63.

¹⁶⁷ LALINDE, J., *El Derecho en la historia de la humanidad*, Barcelona, 1991, p. 46.

¹⁶⁸ La estructura de la familia en la Common Law sitúa a la mujer en una posición especialmente desfavorable, de subordinación al marido, no teniendo potestad para administrar sus bienes. Esta situación se atenuará por la “Equity” a partir del siglo XVI. Vid. PIÑA HOMES, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 217.

hubieran aportado al matrimonio o que incluso hubieran adquirido durante el mismo con dinero propio¹⁶⁹.

No obstante, a finales del siglo VIII se comienza a percibir el influjo de la iglesia sobre las instituciones familiares inglesas, a través de los principios del Derecho canónico. A partir de la conquista normanda dicha influencia será más constante e intensa. Las “Ecclesiastical Courts”, de clara inspiración romano-canónica, se irán imponiendo con celeridad.

Los ascendientes romano-canónicos propician que las relaciones familiares reguladas en el Civil Law y Common Law tienen una serie de elementos comunes. En ambos sistemas en la Alta Edad Media, la Iglesia tiene jurisdicción sobre temas de familia, como las controversias relativas a la validez del matrimonio, así como la sucesión sobre bienes muebles (“property personal”). La trascendencia de la regulación de estas materias en el ámbito canónico se realiza a través del filtro que supone el Derecho romano, volcado en muchas instituciones canónicas, sin olvidar que sus normas se asientan en la doctrina y moral cristiana. Pero no solamente en el mundo medieval se contrastan estos elementos comunes, a partir de la revolución industrial se producen profundos cambios que suponen, por ejemplo, la revisión de los principios de igualdad entre los miembros de una comunidad¹⁷⁰.

Es indudable que, en materia de familia, la Common Law tiene un fuerte sustrato histórico a veces conectado con el Derecho romano y, otras, distanciado de éste. Por su parte, desde los siglos XIX y XX vamos a observar un marcado carácter legislativo. Así, a partir de las “Married Women’s Property Acts” (1882-1883) se conceden a las mujeres los mismos derechos patrimoniales y la misma capacidad contractual que al hombre. Igualmente, la “Guardianship of infants Act” (1925) viene a regular los derechos de los padres respecto a los hijos, fortaleciendo la posición de la madre. Además, la “Adoption Act” (1926) introducirá la figura de la adopción, complementada por la “Legitimacy Act”, con la regulación de los hijos extramatrimoniales. En relación al matrimonio y el divorcio, destacan las “Marriage Acts” (1823-1828) y los “Matrimonial Cases” (1857-1923). Si bien los preceptos más importantes del nuevo Derecho de familia inglés serán agrupados en la parte VIII de la “Supreme Court of Judicature Consolidation Act” (1925)¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre las estructuras familiares en los Derechos de la Antigüedad, vid. DEKKERS, R., *El Derecho privado de los pueblos* (trad. esp. F. J. Ossset), Madrid, 1957, pp. 407-428.

¹⁷⁰ STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., pp. 174-175.

¹⁷¹ La relación de normas de carácter legislativo ha sido extraída de WESENBERG-WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. esp. De los Mozos Touya), Valladolid, 1998, p. 350.

Las relaciones familiares en la Common Law se proyectan, por un lado, en el vínculo entre padres e hijos; por otro, en la relación entre cónyuges y, por último, en la conexión entre tutor y menor de edad.

En la Common Law, el padre tiene la potestad sobre el hijo legítimo, su custodia y la obligación de manutención. Estas potestades se extinguen cuando el hijo llega a la mayoría de edad. Como hemos apuntado anteriormente, a partir de 1925 padre y madre tendrán una posición de igualdad respecto a los hijos¹⁷². Asimismo, el padre sólo será responsable de los actos del menor cuando éste haya instituido una relación particular de mandato (“principal and agent”) o de empleado (“master of servant”)¹⁷³.

Por lo que se refiere a la edad, a lo largo de la historia del Common Law, adquiere una especial regulación a través del “Statute of Law”, con tratamientos diferentes según se trate de la aptitud para contraer matrimonio o redactar un testamento. Por regla general, una persona de catorce años no podía cuidar de sus propios negocios y, desde muy pronto, se le otorga protección jurídica hasta los 25. Además, un menor de edad no tiene responsabilidad penal. No hallamos “contributory negligence” en un menor, por lo que no sería responsable por un “tort” que implicase como ingrediente esencial una particular condición mental¹⁷⁴.

En relación a la tutela, ésta mantiene unas características diferentes respecto a la tradición romanística, ya que la posibilidad de que accediera a la misma un pariente directo del pupilo podía conllevar, tal y como expresaba John Fortescue, una oportunidad para desangrar la fortuna del pupilo “*quasi agnum committere lupo ad devorandum*”¹⁷⁵. En el Derecho inglés, en cambio, el tutor era nombrado por un tribunal. Gozaba de la condición de administrador de los bienes del pupilo. Sin embargo, no tenía la custodia, ni la responsabilidad sobre su educación. Sólo amplios poderes de enajenación y adquisición en beneficio del pupilo, requiriendo tales prácticas el permiso del tribunal. El tutor era responsable de los contratos realizados y no podía ampliar la capacidad contractual del pupilo, a excepción de la “Infants Settlements Act” de 1855, donde se permitió que un menor varón de veinte años y una mujer menor de diecisiete pudieran otorgar capitulaciones matrimoniales vinculantes con la aprobación de la Court of Chancery, la cual ha ejercido desde tiempo inmemorial, en nombre de la Corona, como tutora de todos los menores, una jurisdicción paternal¹⁷⁶. De ahí que cierta doctrina

¹⁷² Vid. Sec. 9 de la “Guardiansship of Infans”, citado por BUCKLAND- McNAIR, *Derecho romano y Common Law*, cit., p. 56.

¹⁷³ BUCKLAND- McNAIR, *Ibid.*, p. 57.

¹⁷⁴ RHEINSTEIN, M., v. “Common Law y Equity”, p. 959.

¹⁷⁵ BUCKLAND- Mc NAIR, *Derecho romano y Common Law*, cit., pp. 64-65.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 67-68.

establezca el parecido entre la jurisdicción del pretor romano sobre los menores y la ejercida por la Cancillería sobre el menor en los siglos XV y XVI¹⁷⁷.

En lo relativo a las relaciones paterno-filiales, los progenitores están obligados al mantenimiento y el derecho de alimentos de los hijos. La naturaleza, inicialmente patriarcal, de la familia viene marcada por la educación de los hijos, concedida en exclusiva al padre. Sin embargo, en el supuesto de separación de cuerpos, a petición de la madre, ésta puede tener la custodia del hijo hasta que alcance la edad de siete años, excepto la madre castigada por adulterio, privada de toda relación con sus hijos¹⁷⁸.

También el padre podía instituir por testamento un *curator* para sus hijos hasta que alcanzaran la mayoría de edad, si bien la “Court of Chancery” se entiende como cuidador universal del menor. De ahí que pudiera restringir la autoridad del padre si lo juzgara conveniente e intervenir para retirarle la dirección de sus hijos, si su conducta era inmoral. Igualmente, se podía instituir un curador a través de la jurisdicción de la equidad. Sus deberes eran los mismos que los del padre, con la diferencia de que cuando el pupilo hubiera alcanzado la mayoría de edad, aquel tenía que rendir cuentas relativas a su gestión, con asunción de responsabilidad respecto a las pérdidas ocasionadas por negligencia¹⁷⁹.

En definitiva, las relaciones paterno-filiales solo se alcanzan a través del parentesco legítimo, como consecuencia del matrimonio legal. La post-legitimación o legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio de sus padres sólo se abrirá paso a partir de las disposiciones del Parlamento de Merton (“Statute of Merton”) en 1235¹⁸⁰. La legitimación por matrimonio posterior no fue admitida por la ley inglesa hasta la “legitimacy Act” de 1926¹⁸¹.

Pese a todo, la legislación eclesiástica, a lo largo de su historia, intervino en la posibilidad de que los padres no desprotegieran a los hijos ilegítimos. Los mecanismos que se utilizaron fueron, por un lado, la conciliación y, por otro, sanciones penales como la excomunión. Posteriormente, la “Poor Law” (1576) otorgará a los jueces de paz atribuciones para exigir de los padres el sostenimiento de los hijos ilegítimos.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ TORRÓN, J., La influencia del Derecho canónico en la evolución del Derecho de familia angloamericano”, *Ius Canonicum*, vol. 39 extra 1, 1999, p. 1145.

¹⁷⁸ PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 146.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 147.

¹⁸⁰ PIÑA HOMES, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 219.

¹⁸¹ La legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio putativo fue aceptada por el Common Law, al menos durante un tiempo, MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La influencia del Derecho canónico en la evolución del Derecho de familia angloamericano”, cit., p. 1143.

En cuanto a la regulación jurídica del matrimonio, en Inglaterra el matrimonio será considerado un contrato civil (*consensus, non concubitus, facit nuptias*). Su legalidad viene determinada por los siguientes requisitos: a) consentimiento de las partes; b) capacidad de contratar; c) formalidades exigidas por la ley¹⁸². La influencia del Derecho canónico se manifestará, claramente, en el ámbito de los impedimentos a tener en cuenta: parentesco, falta de edad, falta de libre consentimiento, impotencia física y existencia de un matrimonio anterior¹⁸³.

El Derecho canónico aportará, tanto a Inglaterra como a la Europa continental, «toda una construcción jurídica del matrimonio»¹⁸⁴. Se trataba de cambiar el concepto mismo de matrimonio, sustituyendo la visión pre-cristiana del mismo que lo considera como una unión privada, por una nueva perspectiva que lo contempla como un negocio jurídico de carácter público¹⁸⁵.

En Inglaterra el peso de la jurisdicción canónica fue muy intenso y, en comparación con otros Estados europeos, la presencia exclusiva de dicha jurisdicción en materia matrimonial va a ser muy extensa en el tiempo, dado que en el resto de Europa el proceso de secularización del matrimonio se inicia en el siglo XVI con la reforma protestante y proseguirá, sin interrupción, bajo el impulso del regalismo y del racionalismo y del positivismo jurídico más tarde... El matrimonio continuará siendo una cuestión religiosa hasta el siglo XIX. Sólo en 1857 la “Matrimonial Causes Act” transferirá a un nuevo tribunal civil, la “Court of Divorce and Matrimonial causes”, jurisdicción que habían detentado las corte eclesiásticas¹⁸⁶.

La pervivencia del Derecho canónico se deja sentir incluso tras la creación de la Iglesia anglicana¹⁸⁷. Ahora bien, ello no impide que se incorporen algunos rasgos anglicanos en lo referente al contrato matrimonial y a los derechos y obligaciones que se derivan del mismo. Por lo que encontramos dos tipologías: el anglicano y el no anglicano, que podrá tener naturaleza religiosa o civil. De todas formas, la influencia de la Iglesia de Roma se deja traslucir claramente en la teoría de los impedimentos. Veamos algunos ejemplos.

¹⁸² WESTOBY, W.A.S., *Legislación inglesa en materia civil*, en PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., pp. 141 ss.

¹⁸³ PIÑA HOMS, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 218.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La influencia del Derecho canónico en la evolución del Derecho de familia angloamericano”, cit., pp. 1137-1147.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 1139; STEIN, P., *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., p. 180.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La influencia del Derecho canónico en la evolución del Derecho de familia angloamericano”, cit., p. 1138.

¹⁸⁷ La Corona mantuvo la competencia matrimonial de los tribunales eclesiásticos y las normas canónicas -tanto sustantivas como procesales- apenas sufrieron modificaciones. MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Ibid.*, p. 1141.

El Derecho canónico consideraba incapaces para contraer matrimonio a todas las personas que tenían una relación de parentesco hasta el cuarto grado. Lo que se observa en el Estatuto 25 de Enrique VIII Cap. 22; 31 y 38, que reza: “su matrimonio está prohibido y los hijos nacidos son ilegítimos”. Son incapaces para contraer matrimonio, asimismo, los impotentes y estériles, además de los dementes¹⁸⁸. En caso de la minoría de edad, el matrimonio podrá ser contraído con el consentimiento del padre, del curador o de la madre. A falta de éste, las normas legales de naturaleza estatutaria establecen diferentes sanciones¹⁸⁹. Por su parte, un segundo matrimonio es nulo si existiera el primero. Es de aplicación, por tanto, el principio romano “*duas uxores eodem tempore habere non licet*” (l. 1,10,6).

En relación a la forma de contraer matrimonio, los orígenes históricos se remontan al Derecho canónico, que requiere una declaración de la intenciones de los contrayentes “*verba de presenti*”, o bien unirse sexualmente después de un compromiso matrimonial “*verba de futuro*”. La ceremonia se realizaba “*in facie ecclesiae*”, si bien no era un planteamiento esencial para la naturaleza del matrimonio, fundamentado en el consentimiento¹⁹⁰. En este sentido, el formalismo matrimonial no tiene un valor sustancial, más bien *ad probationem*¹⁹¹.

En Inglaterra, en cambio, se contempla bastante laxitud: bastaba la presencia de un clérigo, ante todo porque las normas del Concilio de Trento no fueron obligatorias para la Iglesia anglicana. No obstante, a partir del siglo XVII, en virtud del Estatuto de Hardwicke, se exigirá que el matrimonio se celebre en lugar sagrado, ante un clérigo ordenado y mínimo dos testigos¹⁹². El Decreto Tametsi no tuvo fuerza obligatoria en Inglaterra¹⁹³, si bien la Iglesia o los tribunales eclesiásticos intentarán forzar que los matrimonios se contraigan “*in facie ecclesiae*”.

El Decreto Tametsi no se extendió tampoco a las colonias. El Act de 1753 abolió el “Common Law marriage”, es decir, el matrimonio por mera declaración “*per verba de*

¹⁸⁸ PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 144.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 142.

¹⁹⁰ BUCKLAND- Mc NAIR, *Derecho romano y Common Law*, cit., p. 54.

¹⁹¹ El Derecho canónico exige la autorización del arzobispo, siempre que las partes juramenten que no existe ningún impedimento. Era obligatorio hacer amonestaciones en las iglesias de los contrayentes, en domingo. Posteriormente, se admite el matrimonio civil ante un funcionario y dos testigos. Igualmente, quienes deseen contraer matrimonio según la forma religiosa de una secta, pueden hacerlo siempre que se celebre en la forma autorizada. Vid. PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 143.

¹⁹² PIÑA HOMS, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 218.

¹⁹³ Sobre el proceso de formalización del matrimonio vid. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, pp. 28-36.

presenti". Sin embargo, la normativa de los Estados Unidos era tan variada que serán factibles matrimonios sin formalidades¹⁹⁴. Resulta curiosa la normativa del Estado de Oregón que presume el matrimonio a partir del año de cohabitación, tanto si se pretende constituirlo, como si no. Lo que rememora el matrimonio per *manus (usus)*¹⁹⁵.

Por lo que se refiere al régimen económico matrimonial, se observa desde el plano histórico la superioridad del marido, lo que se traduce en que el solo hecho del matrimonio le otorga todos los bienes personales que la mujer tuviera antes y durante el matrimonio, con disposición sobre ellos incluso sin su consentimiento¹⁹⁶.

Por influencia canónica, la tendencia es que la mujer conserve sus bienes propios o parafernales. Además, en Inglaterra no se conoce la comunidad de bienes o gananciales. La doctrina historiográfica inglesa entiende que a partir del siglo XIII se rechaza la comunidad de bienes de base germánica, para abrirse camino a la separación de bienes de corte individualista, más cercana a los principios romanistas. Ello supone la liberación de la mujer del control del marido sobre su patrimonio¹⁹⁷.

Ahora bien, el marido podía ejercitar el usufructo vitalicio sobre los feudos y heredades pertenecientes a la mujer, siempre que no hubiera hijos del matrimonio capaces de heredar dichos bienes. Por otro lado, en los siglos XIV y XV algunas viudas reclaman con éxito su sustento de viudedad ante la "Court of Common Pleas" incluso podían solicitar una suma superior a lo acordado al contraer matrimonio. Igualmente, la utilización astuta del "feoffment to uses" (precursora del fideicomiso) permitía a los maridos generosos traspasar en el lecho de muerte la propiedad a sus mujeres a través de una tercera persona¹⁹⁸.

Al mismo tiempo, si la mujer contrajera deudas, es el marido quien responde de las mismas, salvo en el supuesto de una separación. Los acreedores, en este caso, solo deben esperar responsabilidad por parte de ella. Además, la mujer no puede comparecer en juicio, ni intentar acciones para la defensa de su persona o bienes sin el concurso del

¹⁹⁴ RHEINSTEIN, M., v. "Common Law-Equity", cit., p. 960.

¹⁹⁵ BUCKLAND- McNAIR, *Derecho romano y Common Law*, cit., p. 54.

¹⁹⁶ PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 144.

¹⁹⁷ PIÑA HOMES, R., *Fundamentos jurídicos de Europa*, cit., p. 219. Un análisis sobre la comunidad germánica en WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica* (trad. y nota preliminar de Antonio Pau), Madrid, 2007.

¹⁹⁸ Vid. OTIS-COUR, L., *Historia de la pareja en la Edad Media. Placer y amor* (prólogo J. P. Fusi/ trad. esp. Anton Dieterich), Madrid, 2000, p. 26.

marido. Ahora bien, en los tribunales de equidad, si la mujer tiene bienes privativos anteriores al matrimonio, es considerada como una mujer libre¹⁹⁹.

Por último, en cuanto a la disolución del matrimonio, el divorcio se produce por la concurrencia de los impedimentos señalados con anterioridad, declarándolo nulo *abinitium*. También se podía producir por una causa sobrevenida -"a mensa et thoro"- que hace imposible la vida en común, por ejm. adulterio, malos tratos, vejaciones o sevicias.

El procedimiento de divorcio se tramitaba por medio de la jurisdicción eclesiástica, aunque a partir de 1857 se estableció la posibilidad de llevarse a través de la "Court for divorce and matrimonial causes". También se podía obtener por vía parlamentaria, ante la "House of lords", si bien este mecanismo fue utilizado especialmente por los hombres. Hasta 1801 no lograría ninguna mujer el divorcio vía parlamentaria²⁰⁰. El adulterio del marido no era alegable, salvo casos excepcionales como el adulterio incestuoso.

El tratamiento del adulterio sigue la tradición germánica, considerado como un delito femenino que sólo concierne a la mujer casada y a su amante. En Europa encontramos ciudades que optan por definirlo de una manera igualitaria, como delito en que pueden incurrir ambos cónyuges. Como observa Otis-Cour, se trata de ciudades que tenían como señor local un clérigo, ya que la generalidad era la impunidad con la que el hombre casado podía cometerlo²⁰¹.

IX. OBSERVACIONES FINALES

Del examen de los diferentes ámbitos jurídico-privados que hemos acometido, no podemos observar, en general, una separación absoluta entre Common Law y Civil Law. Es evidente que en Inglaterra, a partir de la conquista normanda, se vuelcan elementos y estructuras jurídicas del continente, con una importante presencia del Derecho romano vulgar y el Derecho canónico. La influencia romano-canónica en la tradición jurídica de la Common Law propicia la convergencia entre ambos sistemas. Además, resulta especialmente interesante la aproximación del Common Law al Derecho romano clásico, puesto que la tendencia a no asignar a las leyes un papel dominante en las fuentes del Derecho es común a ambos.

¹⁹⁹ PONCELET, F. F.- WESTOBY, W.A.S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., p. 143

²⁰⁰ MARTÍNEZ TORRÓN, J., "La influencia del Derecho canónico en la evolución del Derecho de familia angloamericano", cit., p. 1141, nt. 13.

²⁰¹ OTIS-COUR, L., *Historia de la pareja en la Edad Media*, cit., pp. 70-71.

La permeabilidad del Derecho romano y el Derecho canónico en Inglaterra se produce, claramente, con la inclusión del primero en la jurisdicción canónica, con un paralelismo jurisdiccional (civil y canónico), al igual que en muchos Estados del Civil Law.

Otra jurisdicciones importantes en la evolución de la Common Law son, por un lado, la procedente de la “Law Merchant”, en conexión con la *lex Mercatoria*, y, por otro, la “Equity”, que presenta paralelismos interesantes con la figura del pretor romano, dado que éste -al igual que el Lord Chancellor, dulcifica el *Ius Civile*, creando *actiones ex aequo et bono* (“writs”) que vienen a otorgar cobertura jurídica más allá del estricto Derecho.

Por último, otro camino de penetración del Derecho romano es a través de la doctrina. Una de las dificultades a las que se enfrenta el jurista continental cuando se acerca a las instituciones de Derecho privado de la Common Law es que en su *forma mentis* está construida una sistemática racionalista y ordenada, atendiendo a diferentes esquemas en función del modelo codificador: gayano/francés; pandectístico/alemán, a través de toda una serie de movimientos jurídico-culturales: humanismo jurídico, iusnaturalismo racionalista, dogmatismo pandectista y neo-humanismo jurídico²⁰². Sin embargo, el jurista inglés, como ponen de relieve G. P. Monateri y A. Somma, «é un giurista che si forma al di fuori del circuito universitario»²⁰³. De ahí que, para el jurista del Civil law, la Common Law se presente como un conjunto de realidades institucionales que combinan el tecnicismo con el arcaísmo, como resultado de un patente formalismo y tradicionalismo.

Como advierte A. Fernández de Buján, pese a que la tradición jurídica anglosajona denomina Common Law, nombre coincidente con el *Ius commune*, que informa el Derecho europeo hasta el siglo XVIII, se trata de sistemas jurídicos diferentes y, en buena medida, contrapuestos; si bien se ha producido en el último siglo un proceso de acercamiento e influencias recíprocas²⁰⁴.

No obstante, en la formación de la Common Law percibimos cómo la lengua de los juristas no era el inglés, sino el latín, en los orígenes, y el franco-normando posteriormente. La influencia de la lengua francesa se deja sentir en diferentes términos jurídicos ingleses como: “possession”, “estate”, “tort”, “crime”, “marriage”, “evidence”,

²⁰² En palabras de MONATERI, G. P.- SOMMA, A., *Il modelo de Civil Law*, cit., p. 4: «la storia della tradizione romanista è più una storia di rotture col passato che di continuità».

²⁰³ *Ibid.*, p. 2.

²⁰⁴ Vid. capítulo XVIII, H. “Particularidades de la Recepción en Inglaterra. Common Law” de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, 23ª ed., Cizur Menor, 2020, con abundante bibliografía.

“judgement”...²⁰⁵. De ahí que podamos afirmar que muchas de las instituciones jurídicas del Common Law tienen procedencia directa del “Law french”.

En lo que concierne a la disciplina normativa de los bienes inmuebles, hemos podido constatar cómo viene condicionada por el dominio del suelo por parte del rey, de manera que los particulares serán titulares de unos derechos derivados, más bien limitados²⁰⁶. El feudalismo que se instaura en Inglaterra, a partir de la conquista normanda, tiene unas características muy diferentes a las que concurrían en el continente. Los señores que acompañan a Guillermo I fueron recompensados con tierras, pero sin otorgarles un gran feudo, para no primar a unos sobre otros. La celeridad, cuidado y precisión del “Domesday book” (1086), como documento catastral donde se encontraban registradas las propiedades de cada terrateniente, es sorprendente²⁰⁷.

La naturaleza absoluta de la propiedad, propia del Civil Law, conecta con la figura inglesa del “tenant”, cuya propiedad de la tierra equivale a una “real property”, amparada por un “writ of entry”, en el sentido de una “real action”. En cambio, la “personal property” sobre bienes muebles, encuentra su protección a través de “personal actions”.

Desde la óptica contractual, los orígenes históricos vienen de la mano del Derecho romano a través de la *condictio* para la restitución de una cosa cierta o una cantidad determinada. En esta línea, la Common Law contempla la “actio of debt” provocada por el acto del deudor que incumple la obligación de no pagar, reteniendo en su poder una cosa que pertenece al acreedor, a quien debe ser restituida.

Una de las interacciones, sin duda más importantes entre Civil Law y Common Law en el ámbito del contrato se encuentra en la figura de la “consideration”, que viene a presentar ciertas analogías con la “causa” de los contratos vertebrados según la tradición romanista. La primera, configura el contrato más en un sentido económico y mercantil, ya que la idea básica que subyace en los contratos del Derecho inglés es que se realice un “bargain” o intercambio de ventajas entre partes contratantes.

La materia hereditaria va a estar marcada en la Common Law por los antecedentes feudales de la propiedad, lo que supone que el primogénito está llamado a la conservación y adquisición por vía hereditaria del patrimonio del causante en una línea muy análoga al mayorazgo continental. Pero es solo en la “real property”, donde interviene una “strict family settlement”. De ahí que en el Derecho histórico inglés no

²⁰⁵ BERLINGUER, A., “*Ius Commune, Droit Commun, Common Law: note a margini di recenti indagini storico-comparatistiche*”, *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 421.

²⁰⁶ El suelo es *terra regnis*, propiedad de la corona. En el plano formal, los propietarios del suelo derivan su derecho, directa o indirectamente, de la misma. GUARNERI, A., *Lineamenti di Diritto comparato*, cit., p. 325.

²⁰⁷ CANNATA, C. A.- GAMBARO, A., *Lineamentidistoria della giurisprudenza europea*, cit., pp. 34 y 35.

exista la sucesión universal. En cambio, en la propiedad personal el “executor” testamentario o administrador judicial, en el caso de la sucesión intestada, se hace cargo de la herencia. La función de estos sujetos es administrar el patrimonio, pagar las deudas, junto con los impuestos, distribuyendo el remanente a los herederos beneficiarios, ya sea por testamento o *ab intestato*. A diferencia del Civil Law, donde la figura del heredero es inatacable, el heredero en la Common Law es un mero destinatario del resto que pudiera quedar del caudal hereditario.

En relación a las instituciones familiares y, en especial, al matrimonio, hemos señalado el predominio de la visión germánica. No obstante, a partir del siglo VIII se empieza a percibir la influencia de la Iglesia a través de dos caminos: por un lado, las normas del *Ius Canonicum* y, por otro, las “Ecclesiastical Courts” de clara influencia romano-canónica, que se impondrán progresivamente hasta el punto de volcar su influencia en el Derecho secular matrimonial de la Common Law.

Por su parte, hemos puesto de manifiesto cómo el “trust” es una de las instituciones más específicas de la Common Law, resultando complejo -desde la óptica continental- su parangón con alguna figura de contenido romanístico. Ahora bien, existen claras conexiones entre la figura del “trust” y aquellas que podemos englobar en el marco de los encargos fiduciarios, propias del Civil Law. En cuanto a su naturaleza, oscila entre un “*ius in personam*” y un “*ius ad rem*”, dada la complejidad que rodea a esta institución, producto del desarrollo característico del derecho de propiedad en Inglaterra. Se tiende, además, a ver en el “trust”, por parte del jurista continental, una especie de mandato conferido por el constituyente del mismo o, en su caso, por la ley al “trustee”. Y, en algunos casos, parece inconcebible que una persona extraña a la familia -el administrador o “executor”- a quien se le encomienda realizar el pago de la sucesión y distribuir el activo entre los derecho-habientes, pueda tener en un cierto momento la propiedad de los bienes de la herencia. Si bien, el “trustee”, tendría en la práctica el derecho a realizar sobre los bienes del “trust” actos de administración y disposición, pero no gozaría ni del *usus*, *fructus* o *abusus*²⁰⁸.

De forma que, como ha observado la doctrina, el “trust” conforma un esquema jurídico triangular, extremadamente frecuente y con numerosas aplicaciones prácticas, resultando ser una figura muy imaginativa del Derecho inglés, a veces confundida con los conceptos romanistas de fiducia, representación o mandato. Se trata de una categoría jurídica que se mueve en el ámbito de los bienes muebles e inmuebles, con una clara

²⁰⁸ DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., pp. 272 y 274.

separación entre la responsabilidad y privilegios del propietario de un bien y el disfrute del mismo²⁰⁹.

Sus orígenes están marcados por una práctica realizada por los caballeros ingleses consistente en ceder fiduciariamente a un amigo sus bienes cuando partían a las Cruzadas, para su administración en interés de su cónyuge e hijo. Como señala Attilio Guarneri, «il mondo dei trust è un autentico universo»²¹⁰.

Es verdad que el “trust” puede tener conexiones con los negocios fiduciarios del Civil Law, como por ejemplo, la *fiducia cum amico* y *cum creditore*, la “treuband” germana o la “bewind” holandesa. Sin embargo, no podemos hacer una homologación, dado que la tradición histórica romano-germánica va adoptando a lo largo de los años una visión absoluta y compacta de la propiedad, muy diferente a los planteamientos de la Common Law²¹¹.

Por lo que respecta al modelo de responsabilidad civil en la Common Law, predomina un sistema casuístico. Para cierta doctrina, se aproxima al modelo romano, aunque con particularidades. Destaca el “tort of negligence” del que deriva una *actio* para exigir responsabilidad por supuestos que lleven aparejados conductas culposas, de manera análoga a la *actio legis aquiliae*, acción de responsabilidad extra contractual más relevante en el continente. Éste se fue imponiendo sobre otros ilícitos, ya que su procedimiento era más rápido y menos formal. Además, gracias al mecanismo procesal de la *res ipsa loquitur*, se producía una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al demandado demostrar que no se había comportado negligentemente²¹². Una evolución parecida tiene lugar en el Civil Law. Particularmente, a través de los Comentaristas medievales la *actio legis aquiliae* adquiere un protagonismo especial, para convertirse en la *actio* de responsabilidad principal y ejercitarse de manera primaria sobre otros mecanismos procesales.

En definitiva, el hilo conductor que subyace en el estudio de las diferentes figuras jurídico-privadas analizadas a lo largo de estas páginas no es otro que mostrar los rasgos comunes que están en la base de la conformación histórica de la diversidad jurídica europea. La búsqueda de ese nexo histórico común resulta clave para entender el sistema jurídico anglosajón: un Derecho con unas características propias, cuya supremacía es defendida a ultranza por los intereses corporativos del estamento de los

²⁰⁹ SEROUSI, R., *Introducción al Derecho inglés*, pp. 55-56.

²¹⁰ GUARNERI, A., *Lineamenti di Diritto comparato*, cit., pp. 345-346.

²¹¹ *Ibid.*, p. 347.

²¹² GALLO, P., “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en el Common Law”, cit., p. 263.

juristas, reacios a cualquier influjo procedente de la tradición jurídica que configura la “famille romano-germanique”²¹³.

No obstante, cada vez está más aceptado que la realidad jurídica inglesa nunca ha estado totalmente apartada de la cultura jurídica continental. La imagen de la “noble isolation” del sistema jurídico del Common Law viene siendo considerada, recientemente por la disciplina del Derecho comparado, un mito²¹⁴. Compartimos con Zimmermann la opinión de que «el Derecho inglés no es un cuerpo extraño y duro de asimilar. Puesto que existen varios argumentos históricos que explican la tendencia al encuentro entre las dos tradiciones jurídicas»²¹⁵.

En este sentido, no podemos descuidar la conexión con el Derecho romano, inicialmente como elemento conformador básico del *Ius commune*, así como eslabón entre el Common Law y el Civil Law²¹⁶. Tampoco debemos obviar la huella que el Derecho canónico deja en la Common Law, especialmente en los primeros siglos de su desarrollo histórico, no sólo a través de la jurisdicción eclesiástica, sino mediante la adopción de principios, fundamentos ideológicos y conceptuales, que forman parte de la cultura judeo-cristiana y a los que difícilmente el Derecho inglés pudo sustraerse²¹⁷. El *utrumque ius* medieval se convierte, así, en un *tertium comparationis* indispensable,

²¹³ En palabras de René David, citado por VAN CAENEGEM, R. C., *I sistemi giuridici europei* (trad. it. E. Bertucci, a cura di M. Ascheri), Bologna, 2003, p. 49.

²¹⁴ JUNKER, “Rechtsvergleichung als Grundlagenfach”, *JZ*, 1994, pp. 921 ss.; KÖTZ, H., “Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht”, en Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 95 ss. Igualmente, ZWEIGERT, K.- KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., New York, 1987, red. 1992.

²¹⁵ ZIMMERMANN, R., “El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil Law y el Common Law”, cit., pp. 161 ss.

²¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum*, *Ius commune*, Common Law, Civil Law”, cit., pp. 275-306. También, sobre el valor y vigencia del Derecho romano vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *El Derecho creación de Roma. Meditaciones universitarias de un académico*, Real Academia de Doctores de España, 2018, pp. 147-169; REINOSO BARBERO, F., “*Ubi ius romanum ibi Europa*”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2, 2009, pp. 72-81; NAVARRO VALLS, R., “Las bases de la cultura jurídica europea”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 32, 2002, pp. 367-378; GARCÍA SÁNCHEZ, J., “La presencia del Derecho romano en la normativa europea del siglo XX. Especial consideración a su influencia en el Derecho canónico en la pasada centuria”, *REDC*, 75, 2018, pp. 130 ss.

²¹⁷ En la medida en que Inglaterra es miembro de la Europa cristiana se encuentra, en la esfera espiritual, gobernada por el derecho canónico, y en la temporal, por las reglas de la teología moral del medioevo. «De ahí que no sea sorprendente comprobar que ideas como la ley natural (en el sentido tomístico), equidad o conciencia, fueran filtrándose en la esfera secular, en sus tribunales y en su derecho». Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y Derecho canónico*, cit., p. 27, sobre la base de NÖRR, K. W., “The european side of the English law: a few comments from a continental historian”, en *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, vol. I, Berlin, 1985, p. 15

además de «una guía firme y segura para medir la calidad e incluso legitimidad de todos los ordenamientos jurídicos»²¹⁸.

Suscribimos íntegramente las palabras de Dario Mantovani cuando afirma que «ningún derecho puede reflexionar sobre sí mismo si no dispone de cualquier otra experiencia jurídica que le sirva de parangón, de contraste»²¹⁹. A ello debemos añadir que no se trata -como ha puesto de manifiesto Christian Baldus- de una comparación desde un enfoque exclusivamente sincrónico, sino también desde una perspectiva diacrónica, que pretenda deducir el modelo que se inscribe mejor en el seno de un contexto histórico determinado²²⁰.

No cabe duda que vivimos tiempos de grandes contrastes: por un lado, nos movemos en una sociedad, en un mundo cada vez más globalizado que requiere unas normas jurídicas transnacionales; por otro, el fortalecimiento de los sentimientos nacionalistas, como reacción a la crisis económica mundial, ha puesto en evidencia los desequilibrios entre las diferentes naciones y Estados. En este contexto, se habla no ya de “europeización”, sino de “re-europeización”, como necesidad de reconstrucción política, social y económica de Europa. Lo que, evidentemente, supone revisar la difícil empresa de la unificación jurídica. Cierta sector de la romanística, entre los que nos incluimos, considera el Brexit como una oportunidad para la formación de un Derecho europeo común a los Estados miembros, ya que la presencia de la Common Law siempre ha dificultado la unificación jurídica. Ahora, los ordenamientos jurídicos del continente podrán reorganizarse bajo un mismo sistema jurídico-privado, que tiene sin duda como denominador común el Derecho romano²²¹.

²¹⁸ DELL'AQUILLA, E.- DELL'AQUILLA, L., *Introducción a la comparación jurídica*, PPU, Barcelona 2007, p. 58.

²¹⁹ MANTOVANI, D., “El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo”, *Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija*, 9, 2006, p. 379.

²²⁰ BALDUS, Ch.- VOGEL, F., “Metodología del Derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica”, *AFDUDC*, 10, 2006, p. 88; PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., “Reflexiones sobre la unificación del derecho privado europeo y el método histórico-comparativo”, *RGDR*, 6, junio, 2006, pp. 1 ss.; HERRERA BRAVO, R., “La comparación jurídica y su relación con otras disciplinas como metodología de armonización y unificación del derecho privado europeo y su conexión con el Derecho romano”, en López Rendo (coord.), *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, vol. II, Universidad de Oviedo. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 539-568.

²²¹ Vid., por todos, MURILLO VILLAR, A., *¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, Santiago de Compostela, 2018, pp. 168 ss. Puede verse, asimismo, el trabajo de STÜRNER, M., “Tendiendo un puente entre el Common Law y el derecho continental ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007, pp. 177-193.