

# LA FORMACIÓN DEL COMMON LAW. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO ROMANO: COMPARACIÓN Y CONTINUIDAD

POR

JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA  
Universidad de Sevilla

*The jurist, the lawyer looking at law  
from a distance, is a species extinct  
in the common-law world.  
His habitat was annexed by philosophers  
as a playground for their own games<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> S. F. C. MILSON, *A Natural History of the Common Law* (New York, 2003: xiii). Estos riesgos no son exclusivos del ámbito de la historia del *common law*: un (buen) ejemplo de este uso del derecho, en este caso el romano puesto en relación con el *common law*, al servicio de lo que podríamos llamar «filosofía-ficción», lo encontramos en la aportación de G. SAMUEL, «Derecho Romano y capitalismo moderno», en P. G. MONATERI y G. GEOFFREY, *La invención del Derecho Privado* (Bogotá, 2006: 217-266), donde pueden leerse cosas como esta (265): «Lo valioso del derecho romano es que ha proporcionado con su modelo las bases para casi todos estos enfoques. El derecho de personas puede usarse para hacer de los trabajadores "cosas", o al menos para privarles de cualquier poder político; el derecho de propiedad puede usarse a su vez para convertir el trabajo en capital; el derecho de obligaciones puede usarse para convertir un trabajador en una unidad capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones; el derecho público puede usarse para disolver, en alguna medida, la distinción entre trabajo y capital, adjudicando, por ejemplo, los derechos y deberes mediante una propiedad social o pública. Los propios romanos pueden haber estado atrapados por distintas barreras conceptuales (como muchos abogados modernos), pero la esencia de la evolución jurídica es que, desde los tiempos modernos, muy pocas ideas conceptuales son independientes y nuevas». O para citar otro ejemplo tomado de la misma obra en el que el derecho romano se pone al servicio del filósofo aportando algo parecido a un postulado, 243: «De hecho, en el Digesto las *personas* proporcionan el importante punto del que parte la discusión sobre el derecho privado sustantivo». Más inquietante aún es la aportación en este mismo libro de P. G. MONATERI, titulada *Gayo el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica Occidental*, en la que aparece un derecho romano poco reconocible para el especialista, diluido en las tesis apriorísticas del autor.

El estudio conjunto del derecho romano y del *common law*<sup>2</sup> constituye un habitual y notorio campo de ejercicio del comparativismo jurídico, ejercicio que puede ser incluido como una variante de un género más amplio en el que el *common law* viene contrapuesto al denominado *civil law*<sup>3</sup>, casi como las dos partes opuestas e integrantes del universo del derecho occidental. En estas páginas no pretendemos volver sobre este problema desde una perspectiva general, sino que concentraremos nuestra atención en los momentos fundacionales del *common law* para procurar analizar los posibles vínculos entre este (y en esa época histórica) y el derecho romano<sup>4</sup>. Esta perspectiva genera ya de antemano algunos problemas propedéuticos que conviene identificar, al menos provisionalmente, en el inicio de la exposición. ¿De qué derecho romano hablamos cuando lo contraponemos al *common law* de los siglos XI-XII d. C.? ¿Es plausible utilizar la noción de sistema<sup>5</sup> en estos contextos históricos? ¿Son ambos ordenamientos realidades históricamente independientes? ¿Cabe prescindir de una perspec-

<sup>2</sup> Un punto de partida ineludible: W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR, *Derecho Romano y Common Law. Una comparación en esbozo*, segunda edición revisada por F. H. LAWSON (1936), traducción española de I. Cremades Ugarte, dentro de las publicaciones de la Fundación Seminario de Derecho Romano Urcisino Álvarez (Madrid, 1994).

<sup>3</sup> Puede consultarse sobre esta materia: G. AJANI, M. ANDERSON, E. ARROYO AMAYUELAS y B. PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales* (Barcelona, 2010: 77-106, 245-287); T. J. ALISTE SANTOS, *Sistema de Common Law* (Logroño, 2013: 27-52). Debemos remitirnos a J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado* (Barcelona, 1951), justamente alabado por J. L. DE LOS MOZOS, «El sistema del Common Law desde la perspectiva jurídica española», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño* (Salamanca, 1984: 541-556).

<sup>4</sup> Como punto de partida para este tipo de estudios sigue siendo imprescindible, a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación: H. PETER, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe* (Tübingen, 1957). Aunque se valoraron desde el principio sus méritos, en particular el procurar una síntesis sólidamente fundada desde el punto de vista de las fuentes y de la literatura disponible, la obra no recibió una aceptación especialmente encomiástica; pueden consultarse estas recensiones: G. BROGGINI, en *ZSS*, 75 (1958: 441-450); B. NICHOLAS, en *Iura*, 9 (1958: 235-238); de menor valor: K. LIPSTEIN, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 11, núm. 2 (1959: 478-480).

<sup>5</sup> Sobre la noción de sistema jurídico, tanto desde un punto de vista genérico como en su aplicación al derecho romano y específicamente al binomio *ius civile* y *ius honorarium*: F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, 1998).

tiva diacrónica<sup>6</sup> para presentar ambos «sistemas» como especies atemporales del género de lo jurídico?

El avisado lector habrá intuido que este tipo de interrogantes anticipa de alguna manera la tesis de nuestra aportación. Fijar la atención en los momentos que marcan el nacimiento del *common law* exige prescindir de cualquier perspectiva sistemática y optar por un acercamiento fundado en los principios contingentes de la historia del derecho. Los acontecimientos del año 1066 d. C. supusieron para Inglaterra un *cataclismo de primera magnitud*<sup>7</sup>: un grupo de normandos dirigidos por el duque Guillermo, tras la batalla de Hasting, tomó el control del territorio e impuso un régimen «quasi-colonial»<sup>8</sup> fundado en la supremacía militar articulada con arreglo a los principios de un régimen feudal<sup>9</sup>. Ahora bien, en contra de lo que pudiera parecer en una primera valoración de esta situación histórica, no podemos establecer el año 1066 como el comienzo absoluto de un nuevo régimen jurídico-político, como una barrera que separa dos tipos opuestos de sociedad. Es más, cabe afirmar que los conquistadores no hicieron sino superponer su hegemonía a una estructura socio-económica que en sus líneas generales siguió funcionando como en la época de la Inglaterra anglosajona. Los señores recién llegados desplazaron por regla general a los antiguos, estableciendo vínculos vasalláticos nuevos que se reflejaron sobre todo en los grados más altos de la escala social. Por el contrario, la vida dentro de las unidades básicas de producción agropecuaria, los *manors*, siguió transcurriendo sin grandes modificaciones. En palabras de S. F. C. Milsom: «*Lordships at the lowest level were the production units, the most typical being the midland manor. It was these units or groups of such units that changed hands as the result of the Conquest.*

<sup>6</sup> De manera casi excepcional funda sus consideraciones comparativas en un marco de desarrollo histórico y no en el acostumbrado mundo atemporal: A. WATSON, «Roman Law and English Law: two Patterns of Legal Development», en *Loyola Law Review*, 36 (1990): 247-268).

<sup>7</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, 1973): 4).

<sup>8</sup> De *colonial society* habla igualmente: J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law. Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta* (London y New York, 1999): 221.

<sup>9</sup> No podemos entrar en el debate sobre las peculiaridades del feudalismo inglés; lo que sí parece seguro es la idoneidad de aplicar este modelo feudal al caso que nos ocupa: R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, *op. cit.*, 6-9.

*But their new lords took them as units, not as areas of land; and the internal life of each unit probably continued to be governed by its own customs»*<sup>10</sup>. Veremos, sin embargo, que esta *vida interna* de la tierra fue objeto de intervención real, quizá no en el sentido de modificar la sustancia de las formas de producción, pero sí en lo concerniente a la posición del *lord*.

En particular no puede admitirse la aplicación del algunas veces utilizado esquema de una sociedad casi primitiva, la Inglaterra anterior a la conquista, a la que se contraponen un régimen político mucho más evolucionado, en este caso, el que traían consigo los normandos del otro lado del Canal. Ambas sociedades compartían algunos rasgos institucionales pero los datos disponibles indican más bien una cierta superioridad organizativa británica respecto al modelo normando, instalado (antes de llegar hasta Inglaterra) en un territorio desarticulado tras la decadencia del imperio de Carlomagno: el ducado de Normandía no disponía de una Cancillería ni del uso de la escritura, al menos en el ámbito jurídico, a diferencia de lo que ocurría en la antigua Britania, donde se observa un cierto nivel de centralización política, textos legales, y el empleo de medios escritos en la concesión de tierras, *charters*, y en la comunicación de las decisiones de la monarquía<sup>11</sup>, los *writs*, llamados a tener tanto protagonismo en la historia posterior del derecho inglés y sobre los cuales nos ocuparemos más adelante en estas páginas.

Existe, pues, un derecho anglosajón relativamente bien conocido, fundado predominantemente aunque no de forma exclusiva en la costumbre, un derecho que<sup>12</sup> debe ser tenido muy en cuenta a la hora de describir la formación del *common law*, dado que aquel aportó los presupuestos de este y marcó muchas de sus líneas de desarrollo futuro. En su evolución posterior el derecho inglés se mantuvo fiel al principio consuetudinario ligado al mecanismo del *case law*, a una costumbre que podríamos llamar «judicial» o, al menos, mediada, por el mecanismo procesal. En este sentido Blackstone

<sup>10</sup> S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2.ª ed. (London, 1981: 101).

<sup>11</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, *op. cit.*, 9-10.

<sup>12</sup> Una panorámica general del derecho anglosajón puede consultarse en W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. II, 4.ª ed. (1936) (Berlin, 1966: 3-118); J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. II, 871-1216 (Oxford, 2012: 17-251).

pudo escribir que el *common law* no es sino la costumbre común del reino<sup>13</sup>. No obstante, la indudable fuerza del principio consuetudinario no se opone a uno de los rasgos característicos del derecho anglosajón: la presencia de «códigos» promulgados por los monarcas. Esta legislación real ha sido justamente señalada por P. Wormald como un elemento decisivo de la posterior evolución del derecho inglés. Por este camino (aunque pueden transitarse, como se verá, otras vías añadidas a él) el autor pone en duda la predominante tesis de Maitland. Con una imagen poderosa P. Wormald impugna la conocida postura del eminentísimo historiador, para quien el *common law* habría surgido ya completo, como Atenea, de la cabeza de Enrique II (1154-1189). Si así hubiera sido, no se comprende por qué este *common law*, objeto de nuestra atención, no se desarrolló igualmente en el ducado de Anjou<sup>14</sup>.

Respecto al controvertido problema del feudalismo en Inglaterra puede decirse que en el periodo anglosajón se habían desarrollado ya los rasgos esenciales de este tipo de régimen. Antes de la conquista encontramos las vinculaciones de dependencia propias de este sistema, concretadas en la relación bilateral entre *lord* y *tenant*<sup>15</sup>. Dentro de unas coordenadas institucionales que son propias de la Europa de esta época. No obstante, es menester no olvidar que la realidad político-jurídica era multiforme (como procuraremos indicar en este trabajo), de modo que el feudalismo no monopoliza el ejercicio de las relaciones de poder ni los cauces por los que transcurre la actividad económica, pese a que tuvo un papel decisivo en la formación del *common law* de los siglos XI y XII. Esta impronta feudal del primer *common law*, efecto directo de la situación política tras la conquista normanda, explica en gran medida los principios generales del «nuevo» ordenamiento jurídico, al menos en el sector decisivo del régimen de la tierra.

<sup>13</sup> *Commentaries*, Introd, sec. III: tomo la referencia en W. W. BUCKLAND y A. D. McNAIR, *Derecho Romano y Common Law*, op. cit., 35, n. 37; en la obra se rechaza esta afirmación: «Es notorio que no es así. El *common law* fue alumbrado por los jueces del rey, a lo largo de todo el territorio, precisamente porque no había costumbre común del reino». Pensamos, sin embargo, que la mediación judicial no es incompatible con un fondo de costumbres, muchas de ellas de alcance general.

<sup>14</sup> P. WORMALD, *The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century. Volume I. Legislation and its Limits* (1999) (Oxford-Malden 2001: x-xi).

<sup>15</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. II, op. cit., 17-18; Th. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5.<sup>a</sup> ed. (1956) (Indianapolis, 2010: 516-520).

Profundamente relacionado con lo anterior, porque señala un límite esencial a la expansión del feudalismo, el aspecto en el que debemos centrar nuestra atención se centra en una realidad a la que ya hemos hecho referencia anteriormente y que conviene considerar con un poco más de detenimiento: la de un comparativamente alto nivel institucional verificable en la Inglaterra de los siglos anteriores al siglo XI que impide, como dijimos, incurrir en los riesgos de un ejercicio de simplificación historiográfica, la cual generaría una visión falsa de los problemas que pretendemos abordar. El periodo anglosajón preservó o restauró la forma estatal, entendiendo por Estado una organización política centralizada, basada en el control del territorio por medio de un aparato administrativo racionalizado<sup>16</sup>. La(s) monarquía(s) anglosajona(s), a pesar de sus carencias, de la fragmentación existente hasta el siglo X, y de la concurrente inestabilidad política padecida, un mal por lo demás generalizado en esta y en tantas épocas históricas, constituía un potente factor de cohesión y el vértice de una verdadera administración estatal. Algunos reyes no renunciaron incluso a acometer empresas legislativas de alcance general<sup>17</sup>. Sirva como ejemplo el código legal del rey Alfredo (871-899)<sup>18</sup>, en el que se integra también una normativa anterior, la del rey Ine, *king of Wessex* (688-726). Alfredo se sirve, o al menos se ve influido, por ideas procedentes del mundo carolingio y, en especial, apela a los principios cristianos en que todo orden político debe inspirarse. Se presenta, además, como el heredero de una tradición política anterior que siente la obligación de preservar en sus líneas esenciales. Entre otras consideraciones de alcance general, puede leerse al final del primer capítulo<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> Afirmación compatible con la eficacia del parentesco en varias esferas jurídicas: por ejemplo, en el ámbito penal se encuentra la importante institución del *wergild*, compensación económica pagada a la familia del que ha perdido la vida a manos de otro para impedir el ejercicio de la venganza, *blood feud*: W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. II, *op. cit.*, 21, 43-46.

<sup>17</sup> A estos efectos es esencial la citada obra de P. WORMALD.

<sup>18</sup> H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalter*, Elfte, unveränderte Auflage (1940) (Darmstadt, 1986: 137-138); P. WORMALD, *op. cit.*, 265-286.

<sup>19</sup> Utilizamos la traducción-versión de J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 23; *vid. Die Gesetze der Angelsachsen*, I, ed. LIEBERMANN (Halle, 1903: 16-88); un elenco esquemático de los «códigos» conocidos de época anglosajona en W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. II, *op. cit.*, 20-21.

*Then I, King Alfred, gathered [the dispersed laws] together and ordered to be written many of the ones that our forefathers observed —those that pleased me—; and many of the ones that did not please me I rejected with the advice of my counsellors, and commanded them to be observed in a different way. For I dared not to presume to set down in writing at all many of my own, since it is unknown to me what would please those who should come after us. But those which I found either in the days of Ine my kinsman, or of Offa, king of the Mercians, or of Aethelberht (who first among the English people received baptism), and which seemed to me most just, I collected herein, and omitted these others. Then I, Alfred, king of the West Saxons, showed these to all my counsellors, and they then said that it pleased them all to observe them.*

El rey gobierna y juzga rodeado de sus consejeros, barones civiles y eclesiásticos, *witenagemot* (tras el año 1066, con la reincorporación del latín, *curia regis*)<sup>20</sup>. Aunque no parece que existiera como órgano específico la figura del *justiciar*, que se consolida solo en el siglo XII, es muy probable que un obispo tuviera delegadas las competencias judiciales propias del monarca. Junto al obispo se encuentra la figura del *aldorman* (en la última época anglosajona denominado mayoritariamente *earl*), que dirige cada uno de los condados del reino, *shires*, y preside su tribunal, el cual goza de amplias competencias jurisdiccionales; a los litigios hay que sumar la costumbre de realizar ante él los negocios jurídicos de transmisión patrimonial, como medio idóneo de darles la debida publicidad. Es preciso subrayar que este tribunal es real: el *aldorman*, también el *sheriff* o el obispo presiden como representantes del rey<sup>21</sup>.

El *shire-gerefa* o *sheriff* está llamado a ejercer una función clave en la estructura procesal del *common law* posterior: la monarquía surgida de 1066 preservó acertadamente esta institución y evitó que se convirtiera en un cargo hereditario<sup>22</sup>, un punto este de vital im-

<sup>20</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, op. cit., 13; W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. I, 7.<sup>a</sup> ed. (1956) (Berlín, 1966: 29-38). Como es sabido, en época sucesiva, a lo largo del siglo XII, de esta *Curia Regis* se irán individualizando los tribunales centrales del *King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*, junto a otros menos relevantes.

<sup>21</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, op. cit., 50.

<sup>22</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. I, op. cit., 65-66; R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill. Studies in the early History of the Common Law* (London, 1959: 31-32); ID., *The Birth of the English Common Law*, op. cit., 13.

portancia que refleja, entre otros, la fuerza de la institución monárquica. El *sheriff* pasó a convertirse en el alto funcionario real que dirige el condado. Ejerce funciones fiscales, de policía y jurisdiccionales de primera importancia: su posición clave se refleja especialmente en su actuación como receptor de diversos tipos de *writs* que emanan de la Cancillería y en la consiguiente iniciativa que tiene encomendada en la tramitación de los procedimientos. El *sheriff* dirige un conjunto de funcionarios subordinados que reciben, en general, el nombre de *reeves*.

El condado se divide a su vez en *hundreds* (con su equivalente en algunos casos, *wapentake* y *ward*)<sup>23</sup>. Esta entidad administrativa y judicial parece tener orígenes germánicos claros, la *Hundertschaft*<sup>24</sup>, que en su primera conformación no es sino la misma comunidad en su función de asamblea judicial. En su variante inglesa, el *hundred* se halla presidido por el *hundredor*, *hundredman* o *reeve*, subordinado (como sabemos) al *sheriff*<sup>25</sup>. En la práctica el *hundred* es el tribunal más utilizado por el común de la población, conoce de una amplia gama de asuntos menores de tipo penal y civil y, como ocurre con el tribunal del condado, también en este caso el órgano sirve para dar publicidad a los negocios jurídicos patrimoniales, incluyendo la manumisión de esclavos. Pese a que la distribución de competencias entre los diversos tipos de tribunales no se adecuaba a criterios demasiado estrictos (algo que, por otra parte, será una constante en el *common law* posterior), parece clara la subordinación del *hundred* respecto al tribunal del *shire*, como puede observarse, por ejemplo, en esta norma del rey Cnut (muere en el 1035)<sup>26</sup>:

*No one shall take distraint either within or outside the shire until he has requested his rights three times in the hundred. If on the third occasion he does not obtain justice, then he shall go on the fourth occasion to the shire court, and the shire shall appoint a fourth day [for him to request his rights].*

<sup>23</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. I, *op. cit.*, 11-13; J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 50-56.

<sup>24</sup> H. MITTEIS y H. LIBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, 19, ergänzte Auflage (München, 1992: 33, 45, 233); A. ENGELMANN *et al.*, *A History of the Continental Civil Procedure*, translated and edited by R. W. MILLAR, with Introduction by W. S. HOLDSWORTH y S. WILLISTON (1927) (New York, 1969: 92).

<sup>25</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England From the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 23.

<sup>26</sup> Es de nuevo la versión de J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 54.

Dentro de este esquema territorial se ubica también la jurisdicción de las ciudades, *borough courts*, que se extiende probablemente sobre su territorio circundante<sup>27</sup>. Estas ciudades preservan algunas costumbres propias, como puede comprobarse en el *Domesday Book*. Asimismo, algunas *charters* del periodo posterior al que estamos considerando, sobre todo a partir del año 1130, recogen privilegios y libertades<sup>28</sup>. Al frente de la administración urbana se encuentra un *reeve* o *bailiff*. La ciudad tiene tribunales propios que conocen de materias específicas, como son los mercados y la vida asociativa de los gremios. Una peculiaridad significativa del régimen urbano afecta a la esfera del derecho hereditario: la posibilidad de disponer de inmuebles por medio de testamento<sup>29</sup>. En todo caso, esta administración urbana debe ser objeto de una atención mayor de la que habitualmente se le presta en los tratamientos de historia del derecho inglés del periodo anglosajón. Llama la atención en especial que su identidad jurídica no quede absorbida por la del *shire* o los *hundreds*.

Mención aparte merece el ámbito de la jurisdicción eclesiástica<sup>30</sup>. Los tribunales de la Iglesia conocen no solo de las materias propias de la organización eclesiástica, sino que sus competencias alcanzan al matrimonio, a varios sectores del derecho de familia e incluso a la sucesión hereditaria, excluidos los inmuebles. La importancia procesal del juramento, en sus diversas modalidades, y los efectos del perjurio, la intervención del clérigo en las diversas formas de ordalía (hasta el 1215), explican también el protagonismo de la intervención eclesiástica. Asimismo, el hecho de que muchos de los jueces de la administración real fueran clérigos produjo una influen-

<sup>27</sup> J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, *op. cit.*, 47-48.

<sup>28</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 812.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 835; W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. III, 5.<sup>a</sup> ed. (1942) (Berlín, 1966: 271): «Of the special customs which may be ascribed to the commercial character of the boroughs the most striking is the custom to devise lands. In its origin it may no doubt come down from the time when the common law had not as yet firmly set its face against the will of land». Esta reflexión nos interesa porque enlaza con una peculiaridad del derecho anglosajón que lo diferencia de los derechos germánicos: aquel conoce el testamento y estos no.

<sup>30</sup> Para esta materia remitimos al excelente estudio de J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la Common Law* (Madrid, 1991); *vid.*, también, específicamente para la época anglosajona: J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 63-64. En la época anglosajona los clérigos participaban en los tribunales locales.

cia indirecta, a veces poco visible, en todos los ámbitos del derecho inglés. De manera paulatina, tras una evolución en la que ahora no debemos detenernos, de la Cancillería real, dirigida siempre por un obispo, surgirá a partir del siglo XIV una jurisdicción independiente<sup>31</sup>, la Equity, llamada a convertirse en el factor de innovación más relevante del derecho en Inglaterra, «*the most astonishing of English contributions to legal thought*»<sup>32</sup>. No es necesario insistir en que, por medio del derecho canónico, penetraron necesariamente muchos principios y categorías propias del derecho romano.

Es muy probable que la influencia de la Iglesia, en particular su tendencia a utilizar medios y registros escritos, unido al señalado vigor de la administración monárquica, explique la presencia del *writ*, del *breve* (o *brevis*), ya en época anglosajona (*gewrit*, también *aerendgewrit*, *gewrit and insegel*) como forma habitual de comunicación entre los órganos de la administración y con los administrados. De punto de partida puede valer nos la definición de Sir Percy Winfield<sup>33</sup>: «*The (royal) writ in law is a species of formal order from the crown or a delegated officer to an inferior officer or to a private person enjoining some act or omission*». Hay que insistir en su carácter escrito, formal, y en su *imperatoria brevitatis*. En época anglosajona se hallan escritos en inglés y autenticados por medio del sello real. El texto contiene el nombre de quien lo envía y el del receptor; contiene además un saludo. Respecto al contenido, el *writ* puede ser de carácter administrativo o judicial. Este rasgo es de especial significación, porque nos indica que no estamos ante un instrumento exclusivamente procesal (como lo era la *formula* del derecho romano); más bien habría que decir lo contrario: el *writ* nace como forma general de notificación de actos de la administración en su sentido más lato. Caenegem (en su comentario sobre los *writs* de tipo *praecipie*) ha explicado muy claramente la prioridad temporal de los *writs* que pueden denominarse

<sup>31</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, 79, n. 66: la *Chancery* adquiere plena independencia a partir de 1432 con John Stafford, obispo de Bath y Wells, y después arzobispo de Canterbury. Como se sabe, por las *Judicature Acts* de 1873-1875 su jurisdicción se fusionó con la de la High Court, pasando a integrar la *Chancery Division*: *vid.* F. W. MAITLAND, *Equity, a Course of Lectures*, 2.<sup>a</sup> ed. (Cambridge, 1936); puede consultarse más bibliografía en H. PETER, *op. cit.*, 88; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, 67-77.

<sup>32</sup> S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 82.

<sup>33</sup> Tomado de R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 108. Seguimos a van Caenegem en lo que se recoge en este párrafo.

«ejecutivos» respecto a los de tipo estrictamente judicial<sup>34</sup>. Dentro de este ámbito judicial se distinguen con el tiempo<sup>35</sup> los *brevia originalia* y los *judicialia*. El breve original, expedido por la Cancillería (*officina brevium*), es aquel con el que comienza un proceso. El *Chancellor, Keeper of the Great Seal*, se sitúa por ello en la cúspide del mecanismo jurisdiccional (y de otros sectores clave del gobierno, como los tratados internacionales, convocatorias de Parlamento, etc.)<sup>36</sup>. Los breves judiciales contienen indicaciones sobre los diversos incidentes o trámites del procedimiento iniciado y provienen de los diversos órganos judiciales. Aunque estas y otras clasificaciones procedan de épocas posteriores, lo que debe quedar ahora claro es que la utilización del *writ* en general, pero también del *writ* específicamente judicial o procesal se da ya en el periodo anglosajón<sup>37</sup>: este es un dato relevante que interesa especialmente al objeto de nuestro trabajo, pues explica que el sistema jurisdiccional del *common law* tiene sus raíces en una época anterior al año 1066 y no nace, como quería Maitland, «*the marvellous suddenness*», del genio de Enrique II. Volveremos sobre los *writs* y en particular sobre su naturaleza jurídica al final de estas páginas para proponer nuestra tesis sobre los orígenes romanos de esta pieza esencial del *common law*.

Podemos añadir ahora, para completar de alguna manera esta visión de los *writs* como mecanismos aplicados en muy diversas esferas, que algunos de ellos pueden tener contenido legislativo. Ello es comprensible si se tiene en cuenta la falta de carácter sistemático de las fuentes de producción del derecho medieval. Entre los ejemplos disponibles, P. Wormald propone la *London Charter* de Guillermo el Conquistador, emitida meses o semanas después del día de su coronación, sustancialmente un *writ* que comienza diciendo: «*William greets Bishop William and Portreeve Gosfrith and all the citizens (burhwaru) within London, French and English, with friendship*»<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, op. cit., 46, 96.

<sup>35</sup> La distinción se recoge en el texto impreso del *Registrum Brevium* de 1531: vid. H. PETER, op. cit., 81-101, para un estudio comparativo del *Registrum* y el Edicto del Pretor; vid. también R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, op. cit., 30.

<sup>36</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. I, op. cit., 396.

<sup>37</sup> P. WORMALD, op. cit., 158: «*The use of writs to articulate forensic process may therefore have been commoner before the conquest than extant texts reveal*». O como escribe J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, op. cit., 42: «*Writs concerning justice had Anglo-Saxon roots*».

<sup>38</sup> P. WORMALD, op. cit., 398.

Volvamos al hilo principal de nuestra argumentación. Una atención preferente ha de recibir la jurisdicción señorial. Es obvio que esta valoración se funda en criterios objetivos, dado que fue en la dialéctica entre la jurisdicción del *lord* y la del monarca donde se fraguaron los principios esenciales del *common law*. Los *courts* señoriales comenzarían a decaer ya en el siglo XIII, a pesar de las medidas tomadas en la *Carta Magna*, en 1215, para preservar las prerrogativas señoriales<sup>39</sup>. Pero mientras tanto el tribunal del *lord* es pieza decisiva del engranaje jurisdiccional contemplado en su generalidad. El señor asigna la tierra a sus vasallos y se comporta respecto a ellos como un poder tendencialmente soberano, aunque sometido en su caso a un señor superior y siempre, al menos nominalmente, al poder del rey, señor de todo el territorio. El *tenant* se compromete a un conjunto de servicios en cuyas particularidades y clasificaciones no podemos entrar ahora. La concesión de tierras es un *beneficium* que pone al vasallo bajo el *patrocinium* de su señor, el cual ejerce un conjunto de facultades que, como es bien sabido, supera la división de lo público y de lo privado, dado que es a la vez un sistema de *land tenure* y de gobierno<sup>40</sup>. Con nuestras categorías jurídicas habituales se hace muy difícil comprender la naturaleza originaria de este tipo de vinculación. Quizá haya sido Milsom el que de manera más gráfica ha sabido acercarnos a esta peculiar realidad. Escribe: «*The word homage reminds us that the lord was not originally granting property but buying a man and allocating the tenement by way of payment so long as the man lived. There were no social security or pension schemes, and few men lived into the incapacities of old age. But the early evidence does show some resigning, typically asking the lord to accept the heir apparent now so that in effect the inheritance happens in the tenant's lifetime. At the upper levels of society the retired tenant might buy his way into a monastery to arrange for his hereafter; and at the peasant level, where the services more often continued to matter so that retirement was common, village houses might have what we could call a granny-flat. Tenants as well as lords perceived the arrangement as a position carrying duties as well as rights, not a simple property*»<sup>41</sup>. Esta última frase es del mayor interés porque compendia la idea clave: en sus inicios la relación del señor (superior o intermedio) con el vasallo es una «posición intersubjetiva», es

<sup>39</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. I, *op. cit.*, 176.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>41</sup> S. F. C. MILSOM, *A Natural History of the Common Law*, *op. cit.*, 61.

decir, una relación jurídica más bien de tipo obligacional que real: la tenencia de la tierra es solo un efecto, si se quiere de máxima importancia, derivada de esta posición. Tal punto de partida explica la relevancia de la distinción<sup>42</sup> entre *freehold* y *fee*. El primero es el derecho del *tenant* de usar y disfrutar de la tierra asignada durante su vida. El segundo, no consecuencia inmediata del anterior, es el derecho de transmitir la tierra a su heredero (*heir*, palabra que en el derecho inglés tiene perfiles propios)<sup>43</sup>. El heredero necesita una nueva concesión del señor, una puesta en «posesión», *livery of seisin* que en los primeros tiempos no se da de modo automático<sup>44</sup>, aunque existe una expectativa implícita en el hecho de que el *tenant* realizó un acto de homenaje, que es el presupuesto de la entera relación<sup>45</sup>.

Glanvill<sup>46</sup>, en el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie*<sup>47</sup>, obra cumbre de la primera época<sup>48</sup> del *common law*, de-

<sup>42</sup> *Ibid.*, 103-104.

<sup>43</sup> F. POLLOCK y F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2.<sup>a</sup> ed., Reissued with a new introduction and select bibliography by S. F. C. MILSOM, vol. II (Cambridge, 1968: 316): «In England it is as true today as it was in the time of Glanvill that only God, no man, can make an heir, for the term heir we still reserve as of old for the person who succeeds to land ab intestato».

<sup>44</sup> S. F. C. MILSOM, *A Natural History of the Common Law*, *op. cit.*, 167.

<sup>45</sup> F. POLLOCK y F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2.<sup>a</sup> ed., Reissued with a new introduction and select bibliography by S. F. C. MILSOM, vol. I (Cambridge, 1968: 296-307); S. F. C. MILSOM, *The legal Framework of the English Feudalism* (Cambridge, 1976: 171-172), aunque las referencias al *homage* son muy numerosas en toda la obra.

<sup>46</sup> Son conocidas las dudas que presenta la autoría de este tratado, escrito a finales del siglo XII; puede consultarse sobre la obra y sobre la figura histórica de Ranulf de Glanville: J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, *op. cit.*, 146-155; en particular sobre la presencia del derecho romano en la obra: R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 373-386; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, 99-100: en la obra de Bracton, de mediados del siglo XIII, la influencia romana es mucho más acusada; la edición canónica de esta última obra es H. DE BRACON, *De legibus et consuetudinibus regni Angliae*, ed. and trans. S. E. THORNE (Cambridge, MA, 1968-1977), en cuatro volúmenes, que contiene la edición de G. E. WOODBINE de 1922 publicada en la Yale University Press.

<sup>47</sup> En la edición de G. D. G. HALL (London y Edinburgh, 1965).

<sup>48</sup> Gozan de fama merecida las primeras palabras del *Prologus*: «Regiam potestatem non solum armis contra rebelles et gentes sibi regnoque insurgentes oportet esse decoratam, sed et legibus ad subditos et populos pacificos regendos decet esse ornatam, ut utraque tempora, pacis scilicet et bello, gloriosus rex noster ita feliciter transigat, ut effrenatorum et indomitorum dextra fortitudinis elidendo superbiam et humilium et mansuetorum equitatis virga moderando iusticiam, tam in hostibus debellandis semper victoriosus existat quam in subditis tractandis

dica gran atención (en el libro IX) a la institución del homenaje como mecanismo esencial de la relación entre *lord* y *tenant*. Así explica la forma en que se realizaba el *homagium* al *dominus* o señor<sup>49</sup>:

Fieri autem debet homagium sub hac forma: scilicet ut is qui homagium suum facere debet ita fiat homo domini sui quod fidem ei portet de illo tenemento unde homagium suum prestat, et quod eius in omnibus terrenum honorem servet, salva fide debita domino regi et heredibus suis. Ex hoc liquet quod non potest vassallus dominum suum infestare salva fide homagii sui, nisi forte se defendendo, vel nisi ex precepto principis cum eo iuerit contra dominum suum in exercitum. Et generaliter nihil de iure facere potest aliquis salva fide homagii quod vertat ad exheredationem domini sui vel ad dedecus corporis suis.

El vasallo y el señor se hallan ligados por un vínculo fundado en la *fides* surgida del juramento. Este valor de la *fides*, independientemente de los paralelismos germánicos que se quieran invocar, evoca necesariamente no solo la categoría normativa<sup>50</sup> romana de la *fides* como principio rector de un gran número de relaciones jurídicas derivadas originariamente del *ius iurandum*, sino de modo particular, la relación recíproca<sup>51</sup> entre patrono y cliente, la cual, desde la época arcaica se desarrolla en diversas formas hasta la última época del derecho romano y enlaza con el mundo medieval posterior a

---

equalis iugiter appareat». Tales palabras evocan clarísimamente el principio de la constitución *Imperatoriam maiestatem*, de 21 de noviembre del 533, dirigida a la *cupida legum iuventus*, con la que se publicaron las *Institutiones* de Justiniano: «Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari, et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator». Al final del *Prologus* Glanvill escribe: «Quod principi placet, legis habet vigorem»: de forma que este principio tomado de nuevo de las *Institutiones* justinianas I, 2, 6, llevó a F. SCHULZ, poseído por los demonios romanísticos de su época, a hablar directamente de interpolación: F. SCHULZ, «Bracton on Kingship», en *English Historical Review*, 60 (1945), 171; *vid.* R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, *op. cit.*, 3, n. b.

<sup>49</sup> Glanvill IX, 1.

<sup>50</sup> R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-constituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli, 1996: 152-167).

<sup>51</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1998: 8, n. 14); Dionisio de Halicarnaso, 2.10.3.

través de figuras como la enfiteusis<sup>52</sup>. No nos parece superfluo subrayar que en estas figuras jurídicas del último derecho romano, el enfiteuta o el titular de derechos análogos no se identifica en modo alguno con el colono<sup>53</sup>, del mismo modo que el *tenant* inglés no es el campesino que trabaja la tierra, *peasant*.

La reciprocidad del vínculo fundado en el homenaje se describe muy claramente en estos términos por Glanvill, IX, 4, un poco más adelante:

Mutua quidem debet esse domini et homagii fidelitatis connexio, ita quod quantum homo debet domino ex homagio tantum dominus debet illi ex dominio, preter solam reverenciam.

Este vínculo de homenaje se halla salvaguardado por la jurisdicción real. Al fin y al cabo, el rey es el señor de todos los señores. Si dados los presupuestos para ello, un *lord* persiste en su negativa a recibir el *homagium* de quien legítimamente se lo ofrece (el supuesto más habitual es el del *heir*), este puede solicitar el *writ de homagio capiendo*, que tiene esta formulación<sup>54</sup>:

Rex vicecomiti salutem. Precipe N. quod iuste et sine dilatione recipiat homagium et rationabile rellevium R. de libero tenemento quod tenet in illa villa, et quod de eo tenere clamat. Et nisi fecerit sumone cum per bonos summonitores quod sit coram me vel iusticiis meis eo die ostensurus quare non fecerit. Et habeas ibi summonitores et hoc breve. Teste etcetera<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Vid. A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana de enfiteusi* (Napoli, 1994) *passim*. Podemos añadir que las diversas formas de *locatio conductio* deben su estructura más profunda al hecho de tratarse de manifestaciones contractuales protegidas por acciones de buena fe.

<sup>53</sup> Valga como ejemplo este texto de Agustín de Hipona, *De civitate Dei*, 10,1,2: «Non sicut appellantur coloni, qui condicionem debent genitali solo, propter agriculturam sub dominium possessorum»: el *possessor*, sea el titular de la enfiteusis o el propietario, se contraponen al *colonus*: en A. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 70.

<sup>54</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 583-584; en su configuración clásica este *writ* exige que el actor esté en posesión; si no lo está debe pedir el *writ of mort d'ancestor*. Pensamos que en la primera época de su existencia el *writ de homagio capiendo* debería de cubrir ambos supuestos: *vid.* R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, *op. cit.*, 47.

<sup>55</sup> La traducción de G. D. G. HALL: «The king to the sheriff, greeting. Command N. to receive, justly and without delay, the homage and reasonable relief of R. for the free tenement which he holds in such-and-such a will, and which he claims to hold of him. And if he does not do so, summon him by good summoners to be before

Podemos reparar en el texto para que observemos la estructura básica de los *writs* con los que se inicia el procedimiento<sup>56</sup>. Tras la cláusula del saludo, el texto ordena al *sheriff* que a su vez exija del receptor que acepte el homenaje o que comparezca ante la jurisdicción real para explicar las causas de su negativa. La notificación se realiza por medio de funcionarios auxiliares, *summonitores*, de acuerdo con una práctica que al menos en sus líneas esenciales parece remontarse a la época de derecho anglosajón<sup>57</sup>.

La orden de dar comienzo al proceso que terminará con una sentencia constituye el fundamento de todo *writ* original (no solo de los *writs* en la forma *praecipe*). En este concreto sentido puede decirse que contiene un *iussum iudicandi* semejante<sup>58</sup>, solo en cierta medida, al que el pretor romano dirige al juez. Sin embargo, no cabe subrayar excesivamente este paralelismo, dada la diversa estructura del proceso formulario y del proceso del *common law*. En la *formula* es el pretor quien ordena al juez que dicte sentencia. En el *writ* el mandato parte, al menos institucional y nominalmente, de rey; y el receptor no es el juez sino, por regla general, un funcionario que debe poner en marcha el procedimiento. Por otra parte, el *writ* se expide a petición del actor, sin audiencia del futuro demandado, mientras que la *formula* se redacta con la participación de ambas partes que culmina en la *litis contestatio*. La presencia del jurado en el proceso inglés también supone un elemento de divergencia, aunque es cierto que en ambos sistemas se establece una distinción entre los elementos de derecho y la valoración probatoria de los hechos. Finalmente, un indudable aspecto en el que coinciden *formula* y *writ* consiste en el hecho de que ambos mecanismos se materializan

---

*me or my justices on a certain day to show why he has not done so. And have there the summoners and this writ. Witness, etc.»*

<sup>56</sup> Es obvio que nuestro comentario se mueve en un plano absolutamente elemental. Hay que tener en cuenta además que nuestra fuente es de finales del siglo XII y que el número y tenor de los *writs* fue evolucionando a lo largo del tiempo. El *writ* en cuestión pertenece al género de los denominados *praecipe*, de los que en Glanvill aparecen además de este otros ocho: *praecipe quod reddat* para tierra (I, 6) y para *advowson* (IV, 2), *breve de fine (transacción) facto* (VIII, 4), *for dower unde nihil habet* (VI, 15), *praecipe quod reddat for debt* (X, 2), *praecipe against debtor's surety for debt* (X, 4), para deudas aseguradas con *gage* (X, 7) y el *writ of gage* (X, 9): *vid.* R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English*, *op. cit.*, 128 n. 102.

<sup>57</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 72.

<sup>58</sup> II. PETER, *op. cit.*, 51, 114-115, contienen una excelente indicación bibliográfica sobre este punto.

zan en un texto tipificado y conocido de antemano por los litigantes. Consecuencia de lo anterior es que el Edicto del pretor urbano (y de otros magistrados) y los registros de los *writs*, pese a que en este último caso no parece que existiera en ningún momento un texto oficial, pueden ser estudiados como manifestación de un mismo principio procesal<sup>59</sup>. Incluso el progresivo crecimiento y subsiguiente «solidificación» del Edicto romano, que lleva hasta la redacción definitiva de Salvio Juliano en tiempos de Adriano, encuentra una semejanza en el caso inglés: el número de *writs* en los años setenta del siglo XII era de unos diez. En época de Glanvill, eran ya setenta<sup>60</sup>. Sin embargo, en el año 1285 el *Statute of Westminster II*, en su capítulo 24, establece una limitación sustancial a la posibilidad de creación, exigiendo la aprobación del Parlamento para nuevos *writs* originales y permitiendo solo la ampliación mediante la analogía<sup>61</sup> de los supuestos cubiertos por los existentes:

Et quotienscumque de cetero evenit in Cancellaria, quod in uno casu reperitur breve et in consimili casu cadente sub eodem iure et simili indigente remedio (scil. non reperitur), concordent clerici de Cancellaria in brevi faciendo vel atterminent querentes in proximo parlamento et scribant casus, in quibus concordare non possunt, et referant eos ad proximum parlamentum et de consensu iurisperitorum fiat breve<sup>62</sup>.

Todavía debemos recoger una diferencia relevante entre ambos ordenamientos. El *writ* del *common law* se presenta, al menos, en esta primera época que estamos considerando<sup>63</sup>, como una posibilidad abierta a la iniciativa del actor. Este puede optar por abrir el procedimiento en los tribunales locales o señoriales<sup>64</sup>. Una concu-

<sup>59</sup> *Ibid.*, 81-101, pese a que de nuevo se hacen precisas algunas matizaciones; el desarrollo de la jurisdicción de la *Equity* produce un nuevo plano de semejanzas, en este caso con el *ius honorarium*.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 67.

<sup>61</sup> Una vez más el modelo romano fue ya reconocido por los juristas ingleses del siglo XIII: la *actio in factum* y la *actio utilis* se identifican con el *breve in consimili casu*, *action on the case*: F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951: 32), que se remite a W. HOLDSWORTH, *A History of the English Law*, vol. I, *op. cit.*, 398.

<sup>62</sup> Tomo el texto de H. PETER, *op. cit.*, 72; *vid.* Th. F. T. PLUCKNETT, *op. cit.*, 28-29.

<sup>63</sup> S. F. M. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 92: antes del siglo XVI predomina la jurisdicción local.

<sup>64</sup> A. WATSON, *op. cit.*, 252; J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 550.

rrencia de jurisdicciones se observa en los procedimientos penales<sup>65</sup>. Nada de eso se plantea en el ejercicio de las acciones en el procedimiento formulario romano.

\* \* \*

Fijemos nuestra atención ahora en el *writ of right* o *breve de recto*. Estamos ante uno de los *writs* esenciales en la primera conformación del *common law*<sup>66</sup>. ¿Cuál fue su origen? Se puede trazar un desarrollo histórico-jurídico desde al menos el siglo XI. El tipo de su antecedente inmediato es el de los *writs rectum facias*. Son *writs* inicialmente no procesales sino «ejecutivos»: el rey ordena que se haga justicia en una determinada situación que le ha sido planteada y encarga la solución del caso a una comisión creada al efecto o a un funcionario real, normalmente el *sheriff*. En su origen, por tanto, se acercan más a lo que hoy denominaríamos medidas de policía, *police action*, que a verdaderos mecanismos procesales. La judicialización de este modelo del *rectum facias*, acaecida como muy tarde a mediados del siglo XII, en época de Enrique II, lleva consigo la aparición del *writ of right* y del *writ praecipue*, al tiempo que señala la decadencia inevitable de los *writs* más cercanos al modelo arcaico, en los que la discrecionalidad del funcionario para llevar a cabo la resolución del problema era amplísima (*viscontiel writs*). Con el *writ of right* se reclama el *derecho* (tendremos que volver sobre el significado de esta palabra) sobre una porción de tierra en *liberum tenementum*, *freehold*<sup>67</sup>, es decir, de una forma asimilable en sentido muy amplio a la propiedad inmobiliaria. Sin embargo, este tipo de propiedad, de acuerdo con un planteamiento que siempre ha de ser tenido en cuenta, se haya mediada por el sistema de tenencia señorial y por ello no es equiparable ni a la propiedad romana ni a la propiedad moderna, en las cuales el titular de este derecho real solo reconoce un soberano por encima de él, el Estado. Dentro de esta situación, el *writ of right* enfrenta a dos *tenants* que reconocen a un mismo se-

<sup>65</sup> J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, *op. cit.*, 70.

<sup>66</sup> En esta parte de la exposición seguimos a R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 195-234. El *writ of right*, al menos cuando llega su desarrollo histórico completo, conforma un género que alberga un conjunto de variantes: W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. II, *op. cit.*, 636.

<sup>67</sup> W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR, *op. cit.*, 431, *sub voce*: *Writ of right*.

ñor o incluso al *tenant* con su propio señor o viceversa. Pero queda excluido en todos los demás casos. Todavía en época angevina, casos concernientes a la tenencia de la tierra, en tales circunstancias, pueden ser juzgados en el tribunal señorial sin necesidad de *writ* real. Ya en Glanvill, sin embargo, encontramos la exigencia de este breve, aunque la regla está establecida de forma no imperativa<sup>68</sup>: XII, 24 *in fine*:

Preterea sciendum quod secundum consuetudinem regni nemo tenetur respondere in curia domini sui de aliquo libero tenemento suo sine precepto domini regis vel eius iusticie capitalis.

He aquí una reconstrucción del texto del *writ of right* en la versión que ofrece H. Peter<sup>69</sup>:

Rex comiti W. salutem. Praecipio tibi quod sine dilatione teneas plenum rectum N. de decem carucatis<sup>70</sup> terrae in Middeltune, quas clamat tenere de te per liberum servitium centum solidorum per annum pro omni servitio (et) quas R. filius X. ei deforciat. Et nisi feceris, vicecomes de Notingeham faciat, ne amplius inde clamorem audiam pro defectu iustitiae. Teste Ranulpho de Glanvilla apud Clarendunam.

Dejando aparte muchos otros aspectos de la formulación, cuyo tratamiento nos alejaría irremisiblemente del contenido central de nuestra reflexión, obsérvese que el actor pide el reconocimiento del *plenum rectum*, es decir, de un derecho pleno sobre la tierra. No obstante, sabemos que este «derecho pleno» es considerado en realidad como un «derecho relativo», como un «mejor o mayor derecho» de una parte procesal respecto a la otra. He aquí de nuevo el texto de Glanvill que aporta esta decisiva información, II, 15, contenido en el *writ de summonendis duodecim militibus propter assisam electis*, es decir, el que tiene por finalidad la citación de los 12 caballeros que integran el jurado en este tipo de procedimiento:

Rex vicecomiti salutem. Summone per bonos summonitores illos duodecim milites A. et B. et sic de singulis, quod sint eo die coram

<sup>68</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 557.

<sup>69</sup> H. PETER, *op. cit.*, 21.

<sup>70</sup> *Carucata*: porción de tierra arable por ocho bueyes en una jornada; equivale a cuatro *virgates*: sobre estas medidas agrarias *vid.* W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. II, *op. cit.*, 66.

me vel iusticiis meis ad illum locum, parati sacramento recognoscere utrum N. vel R. maius ius habeat in una hida terre, vel in alia re petita, quam predictus R. clamat versus predictum N., et unde predictus N. qui rem illam tenet posuit se in assisam meam, et petiit inde recognitionem quis eorum maius ius habeat in re petita. Et interim terram illam vel tenementum ipsum unde exigitur servicium videant. Et summe per bonos summonitores N. qui rem ipsam tenet, quod tunc sit ibi auditurus illam recognitionem. Teste etc.

Resulta ser muy significativo que estos 12 caballeros que integran el jurado presten su juramento<sup>71</sup>, *sacramentum*, no sobre una cuestión meramente fáctica, sino sobre el contenido sustancial del procedimiento. Y que lo hagan utilizando un criterio (como antes quedó apuntado) *relativo*: respondiendo a la pregunta sobre quién de los dos contendientes tiene un «derecho mayor». Añadamos que la sentencia puede ser objeto de «apelación» en caso de *default of justice*, concepto que alude no solo a la negativa a juzgar sino también al retraso injustificado, al falso juramento y otras circunstancias. La «transferencia» del proceso al tribunal del condado era ya posible a finales del siglo XII. Glanvill, XII, 6-7, por medio del denominado *tolt* (del verbo del francés antiguo, *tolir*)<sup>72</sup>, procedimiento que no exige la petición de un *writ*<sup>73</sup>:

Solent autem placita ista in curiis dominorum vel eorum qui loco dominorum habentur deduci secundum rationabiles consuetudines ipsarum curiarum, que quia tot et tam variae sunt in scriptum de facili reduci non possunt. Probantur autem curie ipse de recto defecisse in hunc modum: conquerente autem se eo qui petit vicecomiti et in comitatu et breve domini regis afferente, mittet vicecomes ad curiam ipsam die que litigatoribus a domino ipsius curie statuta fuerit aliquem servientem suum, ut ille coram quattuor vel pluribus legalibus militibus eiusdem comitatus, qui ex precepto vicecomitis illic aderunt, audiat et videat probationem ipsius petentis, scilicet curiam ipsam ei de recto in placito ipso defecisse: quod et ipse petens sic esse suo iuramento cum duobus aliis id audientibus et intelligentibus cum eo iurantibus probabit. Sub tali quoque sollemnitate solent loquele a quibusdam curiis ad comitatus transferri, et ibi de novo tractari et terminari sine contradictione vel recuperatione ipsarum curiarum quam inde habere possint ipsarum curiarum domini sive eorum heredes quantum ad illud placitum.

<sup>71</sup> *Recognitores*, es decir, *iuratores*: H. PETER, *op. cit.*, 31.

<sup>72</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 569-570.

<sup>73</sup> S. F. C. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 126.

El caso puede ser tranferido ulteriormente desde el tribunal del condado al tribunal real por medio del *writ pone* que conocemos también gracias a Glanvill, VI, 7: *Breve de transferendo placito a comitatu in curiam*:

Rex vicecomiti salutem. Pone coram me vel iusticiis meis tunc loquelani que est in comitatu tuo inter M. et N. de una hida<sup>74</sup> terre in illa villa quam ipsa M. clamat versus predictum N. ad rationabilem dotem suam. Et sumone per bonos sumonitores predictum N. qui terram illam tenet quod sit tibi cum loquela sua. Et habeas ibi summonitores et hoc breve. Teste etc.

Estos recursos (y otros sobre los cuales no podemos detenernos) demuestran que a la altura de finales del siglo XII se hallaba plenamente consolidado un sistema jurisdiccional jerárquico y centralizado<sup>75</sup>, el cual, según todos los indicios existía ya desde mucho antes, dada la solidez de la institución monárquica en Inglaterra.

Junto al *writ of right* y con una función similar<sup>76</sup> se encuentra el *writ praecipe quod reddat*, con el cual se inicia el procedimiento directamente ante la jurisdicción real<sup>77</sup>. Glanvill, I, 6:

Rex vicecomiti salutem. Praecipe N. quod iuste et sine dilatione reddat R. unam hidam terrae in villa illa unde idem R. queritur quod praedictus N. deforciat. Et nisi fecerit, summo eum per bonos summonitores, quod sit ibi in crastinum post octabas clausi Pasche coram me vel iusticiis meis ostensurus quare non fecerit. Et habeas ibi summonitores et hoc breve. Teste Rannulfo de Glanvill apud Clarendunam<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> *Hida*: porción de tierra que puede sostener a una familia; de medidas variables: en Kent, y Suseex, por ejemplo, equivale a 200 acres; la que puede considerarse habitual equivale a 120 o 240 acres: T. E. SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England* (Cambridge, 1885: 28).

<sup>75</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 572.

<sup>76</sup> Algunos autores incluyen el *writ praecipe quod reddat* como un tipo de *writ of right*, junto al *writ of right patent*, el *praecipe in capite* y el común *writ of right* siguiendo a W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. III, *op. cit.*, 5-8. No podemos estudiar el nexo entre el *writ praecipe* y el más moderno y muy importante *writ of entry*, el cual solo aparece en forma embrionaria en Glanvill (X, 9): *vid.* S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, *op. cit.*, 143-149; y más recientemente: J. BIANCALANA, «The Origin and Early History of the Writs of Entry», en *Law and History Review*, 25 (2007), 514-556.

<sup>77</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 234-253.

<sup>78</sup> F. SCHULZ, «The Writ *praecipe quod reddat* and its continental Models», en *Juridical Review*, 54 (1942), 1-20.

Ya hemos realizado algún comentario sobre el tipo *praecipe*. Se abre<sup>79</sup> con una orden de restitución que en la formulación clásica no tiene apenas significado práctico. F. Schulz, que dedicó un brillante artículo a este *writ* no duda en señalar que estamos ante una cuestión de estilo: el texto indica una alternativa: *aut reddat aut veniat coram me*: el único deber del demandado es el de comparecer ante la justicia real; aunque ciertamente el demandado puede evitar el proceso restituyendo o realizando una transacción<sup>80</sup>. Caenegem, como quedó indicado, explica que la formulación es fruto de una evolución histórica: desde una orden originariamente ejecutiva hasta un *writ* estrictamente procesal que da lugar a un juicio previa realización de la prueba por medio de duelo o de un jurado, en este caso se utiliza la *Grand Assize*<sup>81</sup>. El *writ* ha de utilizarse necesariamente cuando el proceso recae sobre tenencia de tierra *in capite*, es decir, concedida directamente por el rey<sup>82</sup> y no por un *mesne lord*.

En el examen de la evolución inicial del *common law* resulta muy revelador estudiar ahora, siquiera sea de manera absolutamente elemental, el primer *writ* dirigido a la reclamación de una deuda: *writ of debt* o *breve de debito*. En la versión de Glanvill. X. 1:

Rex vicecomiti salutem. Precipe N. quod iuste et sine dilatione reddat R. centum marcas quas ei debet ut dicit, et unde queritur quod ipse ei iniuste deforciat. Et nisi fecerit, sumone eum per bonos sumonitores quod sit coram me vel iusticiis meis apud Westmonasterium a clauso Pascha in quindecim dies, ostensurus quare non fecerit. Et habeas ibi summonitores et hoc breve. Teste etc.

El aspecto sobre el que me gustaría llamar la atención del lector es la utilización en esta primera versión conocida del *writ* del verbo *deforciare*. Este verbo, propio del latín medieval, puede traducirse por «retener» y tiene en todo caso un sentido inicialmente material: mantener por la fuerza (o al menos de manera antijurídica, *iniuste*) una cosa sin derecho a ello. El hecho de que esta palabra aparezca también en el *writ of right* y en el *writ praecipe quod reddat* puede

<sup>79</sup> Sobre los trámites del procedimiento: J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 580-603.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 584, n. 55.

<sup>81</sup> Como ocurre en el *writ of right* y en el *de homagio capiendo*: J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 600.

<sup>82</sup> F. W. MAITLAND, *The Forms of Actions. A course of Lectures*, editado por A. H. CHAYTOR y W. J. WHITTAKER (1936) (Cambridge, 1997: 18).

querer decir que las deudas fueron consideradas en estos inicios del Common Law como una realidad similar en cierta medida a la tierra reclamada por quien estima que alguien la retiene sin fundamento. Queda en Glanvill una concepción muy arcaica del concepto de deuda, y en el procedimiento prevalecen aún los viejos medios de prueba, *trial by battle*, sin mención alguna del jurado<sup>83</sup>. Hay pues una cosificación de la relación entre acreedor y deudor al tiempo que se asiste a un difuminarse de lo que con terminología romanística llamamos derechos reales. La posterior modificación del texto de la fórmula, en el que desaparece el verbo *deforciare*, es un síntoma de esta primera relativa indeterminación de los límites entre las obligaciones y los derechos reales. Es interesante esta consideración porque como ya vimos más arriba el propio *common law* nacido fundamentalmente como un *land law* es en realidad un derecho fundado en las *obligaciones* entre señor y vasallo, entre *lord* y *tenant*. Así pues, no es que sea preciso reformular la utilización de las categorías de propiedad y de posesión en el caso inglés (sobre lo que volveremos más adelante) sino que las fronteras típicas del derecho romano enclavadas en la distinción entre la *actio in rem* y la *actio in personam* no parecen de gran utilidad, como no sea añadiendo todo tipo de matizaciones. Es probable, además, que este *initium* del desarrollo del *common law* explique la tardía aparición del concepto de contrato en el derecho inglés, justamente porque el trasfondo genérico de esta categoría jurídica (el acuerdo entre dos partes que da lugar a una relación jurídica con efectos patrimoniales) se hallaba situada en las profundidades del ordenamiento, en los vínculos *personales* propios de las relaciones señoriales<sup>84</sup>, como una especie de factor que por su propia omnipotencia pasaba desapercibido y daba vida a todo el ordenamiento, como el alma respecto al cuerpo; por ello hubo de ser redescubierto solo cuando se hizo imprescindible su utilización para regular una vida económica más evolucionada, alejada ya de los presupuestos del mundo feudal.

\* \* \*

<sup>83</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>84</sup> En este sentido nuestra postura se acerca a la interpretación de S. F. C. MILSON, *The legal Framework of the English Feudalism*, *op. cit.*, 39, cuando equipara en cierta medida al señor a un «comprador» que paga con tierras los servicios del vasallo convertido en *tenant*.

En los comienzos de su tratado Glanvill, que escribe después de las innovaciones procesales incorporadas en tiempos de Enrique II, utiliza el binomio propiedad/posesión (*seisin*)<sup>85</sup> en un sentido que, al menos respecto a la terminología utilizada, como ocurrirá con mayor intensidad aún en Bracton, utiliza elementos propios del derecho romano. No se debe minusvalorar la utilización de los términos romanos, como suele hacerse en algunas interpretaciones, porque los términos son la expresión de los conceptos y estos se hallan no ya en la superficie de la argumentación sino en sus fundamentos. Es probable que Glanvill recurriera al derecho romano, que demuestra conocer ya desde el *Prologus*, para «poner orden» en el *common law* de finales del siglo XII. Aquí se hace preciso invocar una distinción que a veces se olvida en la práctica: la distinción entre derecho como conjunto de normas y el derecho como ciencia. Glanvill no acude al derecho romano en su sentido normativo, sino que se vale de las conclusiones de la *iurisprudencia*. Ello le permite, al menos en este sector de su tratado, un cierto equilibrio entre la valoración del *common law* como ordenamiento efectivamente vigente y la necesidad de organizarlo «sistemáticamente» de cara a su estudio como saber técnico. No obstante, al emplear categorías romanas, no podía sino introducir en cierta medida los principios jurisprudenciales del *ius Romanorum* y estos tendrían que influir inevitablemente en el propio desarrollo posterior. Esta difícil tensión<sup>86</sup> entre la *insularidad* del derecho de Inglaterra<sup>87</sup> y las constantes apelaciones de los juristas posteriores al derecho romano, aunque solo sea para marcar las diferencias, dan prueba de cuanto venimos diciendo. Leamos ahora las palabras de Glanvill, I, 3:

Distinctio causarum civilium: Placitum civile aliud in curia domini regis tantum placitatur et terminatur, aliud ad vicecomites provinciarum pertinet. In curia domini regis habent ista tractari: (Capitula) Placitum de baroniis; placitum de advocacionibus ecclesiarum; questio statu; placitum de dotibus unde mulieres ipse nihil penitus perceperunt; querela de fine facto in curia domini regis non obser-

<sup>85</sup> J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, op. cit., 670-676.

<sup>86</sup> *Vid.*, por ejemplo, R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, op. cit., 390.

<sup>87</sup> La vigencia en Inglaterra del derecho canónico (e indirectamente dentro de él del derecho romano) es un factor determinante a la hora de limitar el alcance de esta insularidad; pueden leerse unas atinadas reflexiones sobre este problema en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, op. cit., 37-43.

vato; de homagiis faciendis et releviis recipiendis; de propresturis; placitum de debitis laicarum.

A continuación introduce la distinción que nos ocupa:

Et ista quidem placita solummodo super proprietate rei prodiva sunt. De illis autem que super possessione loquuntur et per recognitiones terminantur inferius suo loco dicitur.

Resulta casi superfluo señalar que no podemos entrar en el estudio o, al menos, la presentación doctrinal del concepto de *seisin* (en latín *seisina*) de origen germánico, equiparado a la *possessio* romano-canónica<sup>88</sup>. El tratado de Glanvill se halla condicionado por la introducción en época de Enrique II de las denominadas cuatro «*petty*» *assizes*, consideradas como remedios posesorios y contrapuestas a los *writs of right* en sentido amplio: *assize of novel disseisin* (es decir, «de reciente desposesión»), quizá introducida en 1166; *mort d'ancestor*; *utrum*; y *darrein presentment*<sup>89</sup>. Nos referiremos exclusivamente al *breve de nova desaisina*, que se convirtió durante un tiempo en el centro del sistema de protección del *ius possessionis* de la tierra, cuyo titular alega tener derecho a su goce en *freehold* o *free tenement*<sup>90</sup>. Glanvill, XIII, 33.

Rex vicecomiti salutem. Questus est mihi N. quod R. iniuste et sine iudicio desaisiavit eum de libero tenemento suo in illa villa post ultimam transfretationem meam in Normanniam, et ideo tibi praecipio quod, si predictus N. fecerit te securum de clamore suo

<sup>88</sup> Desde el siglo XIV se distingue, a su vez, entre *seisin* y *possession*: esta última defendida mediante el *writ of trespass*: W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR, *op. cit.*, 424. El tratamiento clásico sobre la categoría jurídica de *seisin*: F. POLLOCK y F. W. MAITLAND, *The History of the English Law*, vol. II, *op. cit.*, 29-80.

<sup>89</sup> Una presentación sintética de estos cuatro procedimientos en R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, *op. cit.*, 42-50.

<sup>90</sup> S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 137-143. Nos parece necesario acudir al concepto de *ius possessionis* porque el *writ of novel disseisin* protege no la simple posesión entendida como un vínculo puramente fáctico, sino al titular de un «derecho» que en su momento tomó posesión de manera legítima y fue desposeído. Para el estudio en profundidad de este remedio procesal remitimos a la excelente monografía de D. W. SUTHERLAND, *The Assize of Novel Disseisin* (Oxford, 1973). Su empleo habitual como remedio procesal se mantuvo en pleno vigor hasta aproximadamente el año 1500. Es relevante destacar que el *writ of right* entró en decadencia ya en el siglo XIII. Al final de ese siglo también decayó la *assize of mort d'ancestor*.

prosequendo, tunc facias tenementum illud resaisiri de catallis que in ipso capta fuerunt, et ipsum tenementum cum catallis esse in pace usque ad clausum Paschae. Et interim facias duodecim liberos et legales homines de visneto videre tenementum illud, et nomina eorum imbrevari. Et sumone eos per bonos summonitores quod tunc sint coram me vel iustitiis meis, parati inde facere recognitionem<sup>91</sup>. Et pone per vadium et salvos plegios<sup>92</sup> praedictum R. vel baillivum<sup>93</sup> suum, si ipse non fuerit inventus, quod tunc sit auditorus illam recognitionem. Et habeas ibi summonitores et hoc breve et nomina plegiorum. Teste etc.<sup>94</sup>

Al menos desde comienzos del siglo XIII existe evidencia de que el proceso puede ser revisado en otras instancias: la *action of attaint* y la denominada *certification*, aún más antigua; de finales de ese siglo data el *writ of error*<sup>95</sup>.

Mucho más relevante resulta observar que en el caso de la creación del *writ of novel disseisin* una primera aproximación pudiera respaldar la idea, tan cara al mundo de los especialistas, de que estamos ante un ejemplo decisivo acerca del principio de que primero surge la acción y luego, como consecuencia de ella, puede decirse que existe el derecho. Aspecto en el que suele concentrarse la re-

<sup>91</sup> Los 12 miembros del jurado, *recognitores* o *iratores* tienen asignada la tarea previa de inspeccionar el objeto litigioso: aquí puede observarse un estado intermedio del jurado cuyos miembros actúan a la vez como testigos.

<sup>92</sup> *Per vadium et salvos plegios: by gages and safe pledges*; *vid.* F. POLLOCK y F. W. MATHEW, *The History of the English Law*, vol. II, *op. cit.*, 185, n. 2.

<sup>93</sup> *Bailliff*, en el sentido genérico de administrador.

<sup>94</sup> Glanvill. XIII. 34, indica que existen varios tipos de este *writ* en función del tipo de *tenementum* sobre el que se produjo la desposesión. La utilización para designar a las partes de los términos de *appellans* y *appellatus* parece indicar un origen penal o al menos situado en una época en la que la distinción entre lo civil y lo penal no se había producido; *vid.* S. F. C. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 139 n. 1.

<sup>95</sup> D. W. SUTHERLAND, *op. cit.*, 74-75.

<sup>96</sup> Resulta ineludible remitir al trabajo clásico de B. Windscheid que puede consultarse en la edición que contiene la polémica con Th. Muther: B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, (Düsseldorf, 1856); Th. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularerbsukzession in Obligationem. Eine Kritik des windscheidschen Buchs «Die Actio des römischen Zivilrechts»* (Erlangen, 1857); B. WINDSCHEID, *Die Actio. Abwehr gegen Theodor Muther* (Düsseldorf, 1857) (Aalen, 1969). Sin ninguna intención se aportará si quiera un esbozo de la bibliografía sobre esta materia nos permitimos destacar el trabajo clásico de G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiectivo*, con una nota de lectura de L. Vacca, una

flexión teórica sobre la semejanza entre el derecho romano y el *common law*<sup>97</sup>, considerados ambos como tipos de un *Aktionenrecht* que en algunos autores alcanza incluso a situarse como un período universal en la evolución histórica del derecho<sup>98</sup>. Aun reconociendo la parte de verdad que contienen estas afirmaciones, la observación más detallada (menos teórica o «filosófica» en el sentido crítico que dimos a esta expresión en la nota primera de este artículo) aconseja tener en cuenta que el *writ* en cuestión no surgió *ex novo* (aunque sí su concreta formulación y los rasgos propios de su procedimiento), sino que hubo con seguridad formas procesales anteriores<sup>99</sup> que protegían al poseedor de la tierra en la forma de *writs* ejecutivos a los que hemos ya aludido siguiendo la teoría de R. C. van Caenegem. Además, tampoco estos *writs* pueden considerarse el origen genético del «derecho», puesto que son fruto de una concepción previa de tipo material o substancial: la de que hay necesidad de proteger a quien ilegítimamente ha sido desposeído.

Por otro lado, desde el punto de vista de la configuración técnica del *writ of novel disseisin* creado por los asesores de Enrique II, debe añadirse que es doctrina común entre los especialistas que el remedio procesal en cuestión pudo tener como modelo teórico el interdicto *unde vi* y la más cercana y canónica *actio spoli*<sup>100</sup>. Nos permitimos añadir que incluso en el *writ of right*, que suele venir

---

postfazione de M. Brutti (1938) (Napoli, 2006). El insigne autor italiano se ocupó otras veces de este problema, en algún caso desde una perspectiva comparativista: «Leyes, jueces, juristas, en la formación del Derecho romano y del Common Law inglés», en *Anuario de Derecho Civil*, 37 (1984), 437-449; finalmente en estos *Seminarios*: «Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 6 (1996), 19-43.

<sup>97</sup> Un estudio muy bien construido, en el que la comparación entre el derecho romano clásico y el *common law*, vistos desde la perspectiva de la *actio* y del *writ*, es presentada sin incurrir en las habituales simplificaciones se debe a A. J. PÉREZ RAGONE, «*Writ* y *Actio* en el surgimiento del proceso civil inglés medieval», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29 (2007), 333-356 (consultado de 12 de septiembre de 2016).

<sup>98</sup> *Vid.* el excelente tratamiento de este problema en H. PETER, *op. cit.*, 50-80. La perspectiva y prioridad procesal, posiblemente influida por este tipo de reflexiones primeramente aplicadas al derecho romano y al derecho de Inglaterra, aparece como uno de los presupuestos de la teoría general de Maine sobre la evolución del derecho: *vid.*, por ejemplo, H. MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions* (1874) (Gloucester, 2009: 131-160).

<sup>99</sup> *Vid.* J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England*, *op. cit.*, 609-611.

<sup>100</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, 186-188, que se remite a Th. E. SCRUFFTON, *op. cit.*, 112-115.

contrapuesto a la acción reivindicatoria romana, encontramos una peculiar referencia al *maius ius*<sup>101</sup>, la cual guarda un cierto parecido con la cláusula *alter ab altero* del interdicto *uti possidetis*.

El problema de fondo radica en la misma ambivalencia de la figura de la posesión. En primer lugar, conviene subrayar que en la contraposición que se suele realizar entre *seisin* y *possessio*, los cultivadores de la historia del *common law* no reparan en que la posesión romana venía configura como una realidad multiforme y que por tanto ya en el propio derecho romano la distinción entre *dominium* y *possessio*, al menos para el caso de los inmuebles, que es el que nos interesa, no es tan clara y diáfana como pudiera parecer, ni muchísimo menos es una realidad puramente fáctica<sup>102</sup> (a pesar de algunas afirmaciones doctrinales de los propios juristas romanos) contrapuesta al derecho o *ius*.

El derecho romano<sup>103</sup> conoció diversas formas de concesión del *ager publicus*. En algunos casos, singularmente en el denominado *ager censorius*, la contraposición con el *dominium* aparece con gran claridad. Pero los límites se difuminan un tanto en la modalidad del *ager occupatorius*, donde, al menos en la práctica, la posición del titular se aproxima a la del propietario, aunque los medios de defensa procesal sean distintos. La proximidad es todavía mayor en el *ager quaestorius*, también de época republicana: en este caso la concesión era perpetua aunque el titular debía pagar un *vectigal*, marca que impedía identificar su posición con la propia del *dominium ex iure Quiritium*; esta forma posesoria desaparece a finales de la República y se transforma en el mejor conocido *ius in agro vectigalis*. En el ámbito provincial, como regla general, vale la información de Gayo (2, 7; 21): el pago de un *stipendium* o *tributum* excluía que los fundos pudieran ser objeto (salvo privilegio del *ius Italicum*) de *dominium ex iure Quiritium*: la situación del titular queda descrita, como es de sobra sabido, utilizando la expresión *possessio vel usufructus*. A partir de la época postclásica se produce la aparición de otras figuras jurídicas, señaladamente del *ius perpetuum*, de la enfiteusis, de manera que progresivamente podemos hablar de una fusión del régimen propio del *dominium* y de las citadas formas posesorias: la

<sup>101</sup> Vid. H. PETER, *op. cit.*, 40, n. 152.

<sup>102</sup> Vid., por ejemplo, S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, *op. cit.*, 119, que incurre en esta simplificación respecto a la *possessio* romana.

<sup>103</sup> Seguimos en el texto a M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano, 1990: 394-399).

*possessio* se convierte en la categoría general con la que se alude a los diversos regímenes de goce de la tierra<sup>104</sup>. Los reinos que sucedieron al Imperio absorbieron esta situación inmobiliaria. E. Levy destaca particularmente los puntos de contacto entre *possessio*, *proprietas*, *Gewere* y *seisin*<sup>105</sup>. No hay espacio en esta época para la distinción radical entre *proprietas* y *ius in re aliena*, «since they were mere varieties or degrees of the same legal power». Estas reflexiones son de primordial importancia. Para valorar no solo la utilización *a posteriori* de categorías romanas en las obras de autores como Glanvill y Bracton, que utilizan un derecho romano en cierta medida artificial, convertido en una ciencia jurisprudencial, sino sobre todo la existencia normativa de este derecho romano tardío como realidad histórica: «*The Roman law found in force by the Germanic tribes when they invaded the Empire*», en atinadas palabras de Levy.

En este contexto histórico-jurídico las tesis del libro de H. C. Coote, *A Neglected Fact in English History* publicado en Londres en 1864, no son tan ingenuas como algunos autores piensan<sup>106</sup>, empeñados en subrayar el carácter germánico<sup>107</sup> de las instituciones, con una cierta tendencia de rechazo más o menos solapado a todo lo que parezca romano. Sin embargo, la presencia de huellas de instituciones romanas en la época anglosajona cuenta con un conjunto de argumentos que, aunque fragmentarios y a veces débilmente apoyados en explicaciones filológicas, no deben ser rechazados. En particular, el régimen de la *possessio* provincial pudo persistir (23-57) en la antigua Britania como en otras partes del Imperio Occidental. Es, además, perfectamente compatible con una situación postimperial en la que el poder central ha quedado disminuido y fragmentado, pero no por completo desaparecido, como prueba específicamente el vigor de la monarquía británica en la Alta Edad Media. Las peculiaridades del feudalismo inglés se explican entonces por la relativa fortaleza del poder real en este territorio. La fragmentación de la propiedad entre diversos titulares no es un rasgo nuevo, sino que procede de la diversificación del régimen de la *possessio* provincial, en la que el verdadero dominio pertenece al Estado, añadiéndose la

<sup>104</sup> Vid. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951) especialmente 61-72.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 96-99.

<sup>106</sup> *Vid.*, por ejemplo, Th. E. SCRUTTON, *op. cit.*, 3, 13, 18, 25-26; cfr. H. MAINE, *op. cit.*, 155.

<sup>107</sup> W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. II, *op. cit.*, 12-13.

posición intermedia del *lord*. En este sentido podemos reinterpretar las palabras de P. Grossi: «El alto medievo es una gran civilización posesoria, donde el adjetivo posesorio va entendido no en sentido romanístico, sino en su acepción finziana (de Enrico Finzi) de connotación de un mundo de hechos ni formal ni oficial pero provisto de agresividad y de incisividad»<sup>108</sup>. Pensamos, por el contrario, que la *possessio* tal como ejerció su influencia en el mundo medieval no remite a un fenómeno fáctico sino, conforme a lo que venimos diciendo, a un entramado plenamente jurídico y hasta formalizado de relaciones y vínculos que derivan de un dominio/soberanía. El equívoco de la *possessio* radica en las interferencias que se producen entre este sentido histórico y su estudio teórico por parte de los juristas, romanos y medievales.

Por tanto, el *land law*, parte nuclear del *common law*, recibe estas influencias desde el principio. De ahí las dificultades prácticas que ofrecen en su aplicación diferenciada los *writs of right* y los que dan lugar a procedimientos denominados posesorios. De hecho estos últimos, antes de ser a su vez reemplazados por otros medios procesales, eclipsaron el alcance de las que podrían ser consideradas acciones *in rem*: en particular el *writ of novel disseisin* pudo desplegar su influencia prolongada como el remedio central puesto a disposición de los «propietarios». Ello fue así porque la *possessio* provincial y postclásica y la *seisin* medieval mantuvieron una continuidad histórica en su vigencia, independientemente de las interpretaciones jurisprudenciales acerca de su definición teórica.

Una reflexión semejante suscita la aparición del *writ* como remedio procesal. Aunque ya hemos realizado algunas observaciones sobre este punto, conviene ahora plantear el problema de su origen y antecedentes. De nuevo el ejercicio comparativista alejado de los desarrollos históricos ha producido un enfoque erróneo de la cuestión. El *writ*, a pesar de tener ciertos puntos en común, no puede ser equiparado sin más con la *formula* del procedimiento formulario<sup>109</sup>. El hábito de realizar la comparación entre derecho romano y *common law* como «sistemas» atemporales, ha llevado en muchos casos a seleccionar un particular derecho romano, el que llamamos clásico, fundado en gran medida, al menos en lo que se refiere al sector privado, en el procedimiento formulario. Sin embargo, ese derecho clá-

<sup>108</sup> P. GROSSI, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (1988), trad. y Prólogo para civilistas de Á. LÓPEZ LÓPEZ (Madrid, 1992: 35).

<sup>109</sup> *Vid.*, por todos, A. J. PÉREZ RAGONE, *op. cit.*, *passim*.

sico, aparte de su carácter muchas veces más artificial que real, por responder a una reelaboración (casi una depuración) de los romanistas-filólogos del siglo XIX, no es el derecho romano del Dominado ni el que influye directamente en la Europa medieval. Dados estos presupuestos, surge casi de manera natural la tesis que vincula al *writ* con las constituciones imperiales del tipo *rescriptum*<sup>110</sup>, con un nexo intermedio que encuentra su culmen en la administración carolingia. En el caso inglés, la consideración del carácter ejecutivo de los primeros *writs*, siguiendo a R. C. van Caenegem<sup>111</sup>, ha anticipado ya en estas páginas el planteamiento de la tesis, en la que se subraya como elemento clave la presencia del *writ* en época del derecho anglosajón de forma que, aunque solo como hipótesis fundada, puede trazarse una trayectoria de continuidad entre el derecho imperial romano de la última época y el *writ* inglés. Este es un indicador de que la pretendida *insularidad* del primer *common law* responde en cierta medida a la pervivencia de hábitos romanos de administración, en parte autóctonos y en parte importados por los normandos. La anterior afirmación es absolutamente compatible con la de sostener la presencia predominante de componentes germánicos en el derecho procesal inglés medieval<sup>112</sup>. Solo queremos decir que el principio de centralización jurisdiccional en el que se funda el inicio del *common law* encontró un cauce natural en la utilización del *writ*, como instrumento de control, y que este *writ* puede ser considerado como una forma derivada de la tardía constitución imperial romana. El *iussum iudicandi* general contenido en el *writ* encuentra un antecedente en la orden imperial contenida en un rescripto, cuando este afecta a un asunto jurídico-procesal<sup>113</sup>, aunque en la jurisprudencia clásica se tienda a destacar más bien su semejanza con el *responsum* jurisprudencial<sup>114</sup>. En la búsqueda retrospectiva de los anteceden-

<sup>110</sup> H. BRUNNER, *Die Entstehung der Schwurgerichte* (Berlín, 1871: 76); esta obra, a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación, mantiene su vigor y debe ser consultada como punto de partida en la investigación de otro aspecto muy importante del *common law*: los orígenes del jurado, identificado por el autor en la práctica de la administración fiscal medieval.

<sup>111</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 107-126.

<sup>112</sup> E. SCRUTTON, *op. cit.*, 45-49.

<sup>113</sup> M. WLASSAK, *Der Judikationbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes* (Wien, 1921: 67).

<sup>114</sup> M. BETONE, *Storia del diritto romano* (Roma-Bari, 1992: 229); y en especial: D. NÖRR, «Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit», en *ZSS*, 98

tes romanos del *writ* encontramos un principio absoluto en el que T. Honoré ha denominado el «Rescript System»<sup>115</sup>, en virtud del cual cualquier ciudadano podía dirigir una petición escrita al Emperador<sup>116</sup>, *libellus*, y esperar su respuesta en la forma de *subscriptio*, dando indicaciones en su caso al gobernador de la provincia u otra autoridad de una forma que puede recordar igualmente al *sheriff* como receptor habitual del *writ* solicitado. Es evidente que estamos ante una materia muy compleja y no pretendemos incurrir por nuestra parte en simplificaciones poco respetuosas con el estado de nuestras fuentes y del debate doctrinal. En particular, la relación de los rescriptos con la *cognitio extra ordinem*, sobre la que disponemos de un excelente artículo de A. d'Ors<sup>117</sup>, es materia que necesitaría de un tratamiento sosegado que aquí no podemos ni siquiera plantear<sup>118</sup>.

En todo caso sí parece razonable establecer una cierta semejanza entre el procedimiento por rescripto<sup>119</sup> y la jurisdicción real inglesa fundada en un conjunto de *writs* tipificados, al menos una semejanza mejor fundada que la habitualmente establecida con el procedimiento por fórmulas<sup>120</sup>. La conexión pudo mantener una

(1981), 1-46; J. A. BUENO DELGADO, «Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre de 2013, 378-435.

<sup>115</sup> T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers* (London, 1981: 24-53).

<sup>116</sup> Para la descripción del «deber» de responder a los ciudadanos del Emperador romano y la contextualización política de esta tarea dentro de las competencias imperiales es esencial: F. MILLAR, *The Emperor in the roman World (31 BC-AD 337)*, 2.ª ed. (London, 1992) *passim*, en especial 537-549.

<sup>117</sup> A. D'ORS, «Rescriptos y cognición extraordinaria», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47 (1977), 5-41.

<sup>118</sup> Solo podemos mencionar ahora un adicional aspecto equivalente entre la realidad procesal romana de ámbito provincial, la del *conventus iuridicus*, y la práctica inglesa de los siglos XII a XIV, también con antecedentes francos, de los jueces reales delegados de carácter itinerante. *eyre*: R. C. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, *op. cit.*, 28-38; sobre el *conventus iuridicus* M. D. DOPICO CAÍNZOS, «Los *conventus iuridici*. Origen, cronología y naturaleza histórica», en *Gerión*, 4 (1986), 265-283.

<sup>119</sup> En contra, F. SCHULZ, «The writ *praecipe quod reddat* and its continental Models», *op. cit.*, 12, el cual prefiere el acercamiento al procedimiento *per libellum*, señalando que el rescripto no contiene la orden de una comparecencia ante el tribunal imperial. Sobre el procedimiento por rescripto puede consultarse: G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, zweiter Band (Leipzig, 1842: 206-207); P. COLLINET, *La Procédure par Libelle* (Paris, 1932: 398-406); M. KASER y K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage (München, 1996: 633-636).

<sup>120</sup> Desde el campo de la historia del derecho canónico se afirma igualmente la analogía entre el *writ* y los rescriptos pontificios que otorgaban competencias

cierta continuidad a través de la práctica administrativa y judicial de los francos. En esta, por su parte, como supo detectar F. Schulz, se observa a su vez la influencia de modelos preservados en la obra de Casiodoro *Variarum*, en los cuales, a petición de parte, el demandado es citado para que comparezca ante la corte real; a veces la notificación se canaliza a través de un *executor* o *saio* (personajes en los cuales puede intuirse de nuevo una función similar a la del *sheriff*). Schulz no descarta incluso el uso directo de la obra de Casiodoro por los juristas ingleses de la cancillería real<sup>121</sup>. Puede valer como ejemplo esta fórmula contenida en *Variarum* 1, 8:

Amabili executori Theodoricus rex. [...] Venantii itaque tutoris lacrimabili suggestionem comperimus Neoterium fratrem suum, affectum germanitatis oblitum, bona parvuli hostili furore lucrasse [...] Ideoque devotio tua, nostra iussione firmata, si nihil est quod rationabiliter a pulsato possit opponi, postulas res praedicto tutori faciat sine dilatione restitui. Aut si quid est, quod pro suis partibus intentio retentatoris obiciat, legali sponsione praecedente, ad nostrum deproperet venire comitatum, ut allegationibus cognitis pro consuetudine nostrae iudicemus acquitatis.

La queja consiste en que Neoterius, olvidando los deberes del afecto fraternal, ha despojado de su propiedad a su hermano, todavía un pupilo. Ante la petición del tutor, el rey ordena al *executor* que exija a Neoterius bien proceder a la restitución bien a comparecer y defender su caso ante la corte real<sup>122</sup>. Las similitudes formales y materiales con el *writ* procesal son evidentes.

\* \* \*

Podemos concluir brevemente. Los resultados de esta investigación nos llevan a destacar que el método comparativo entre el derecho romano y el *common law* no se puede hacer fuera del ámbito de la historia del derecho, fuera del tiempo, como si fueran dos sistemas completos situados en un plano horizontal. En particular,

---

jurisdiccionales a los jueces por delegación del papa en las causas que habían sido objeto de apelación: J. MARTINEZ-TORRÓN, *op. cit.*, 175. Podríamos añadir que estos rescriptos pontificios nos llevan también en cuanto a su origen al ámbito de las constituciones imperiales romanas.

<sup>121</sup> F. SCHULZ, «The writ *praecipere quod reddat* and its continental Models», *op. cit.*, 12.

<sup>122</sup> *Ibid.*, 9.

utilizar como término de comparación el derecho romano clásico y su procedimiento formulario debe considerarse un error. Por el contrario, solo partiendo de una cierta continuidad entre el derecho romano tardío y las primeras manifestaciones del *common law* se pisa un terreno firme. Esta continuidad afecta a dos ámbitos fundamentales. En primer lugar, el concepto de *possessio*, dato esencial puesto que el *common law* es en primer lugar un *land law*. No la posesión de los juristas, sino las formas de posesión de la tierra que conoció el Imperio romano del Dominado y que heredaron los reinos situados en su solar. Formas posesorias modificadas por la aparición del régimen feudal pero todavía reconocibles. En segundo lugar, la naturaleza jurídica del *writ* como expresión «evolucionada» de las constituciones imperiales y, en especial, de los rescriptos de ámbito procesal, utilizado para asegurar la centralización jurisdiccional del monarca y debilitar la jurisdicción local y señorial, con probables antecedentes más próximos en la administración carolingia los cuales enlazan, a su vez, con el derecho romano del siglo VI, como puede comprobarse en los *Variac* de Casiodoro; aunque es posible que también en este segundo ámbito la huella romana permaneciera en la época anglosajona, como prueban los *writs* de ese periodo.