

THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW

Raoul Van Caenegem, 1998.

El nacimiento del Common Law inglés
“El derecho inglés y el continente”
Raoul Van Caenegem

Traducción de Raoul C. Van Caenegem, “English Law and the Continent”, in *The Birth of the English Common Law*. New York: (Cambridge University Press, 1988), pp. 85-110.

El presente texto corresponde a una traducción realizada para propósitos docentes por Diego Díaz González, Maura Lara Altamirano y Benjamín Ruiz Matamala, ayudantes de la cátedra de Historia del Derecho, con la profesora Dra. Marianne González en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Se han omitido algunas secciones del texto, y se han conservado las notas al pie en su versión original. Las notas y explicaciones de los traductores se han realizado entre corchetes [].

El derecho inglés y el continente

Empecemos este capítulo con una paradoja, a pesar de que el gusto por la paradoja no tiene cabida en la historia sobria¹. El derecho inglés y el derecho continental irrevocablemente tomaron caminos distintos en el siglo XII, cuando precisamente la civilización inglesa estaba más cerca del continente que en cualquier otro momento de la historia. El “*Common Law*” y la familia Romana germánica, dos de los sistemas de significado universal analizados en la obra de David *Grands systèmes de droit contemporains*,² son ambos de origen europeo, sin embargo, difieren bastante.

Para los abogados que se encuentran fuera de las tierras anglosajonas el tradicional *Common Law* es casi incomprendible. Bentham habló de la “incognoscibilidad”, porque no hay códigos que permitan abarcarlo, una circunstancia que rechazaron los japoneses bajo el gran modernizador Meiji, en favor de los códigos continentales. Pero los ingleses comparten completamente esta incompreensión mezclada con aversión respecto de la “ajena jungla del Código Civil”. Cito esta frase usada por un corresponsal de la B.B.C en un programa sobre las consecuencias legales de que Gran Bretaña ingresara al mercado común europeo.

¿Por qué el Common Law es tan diferente de la legislación del continente europeo? Y por sobre todo ¿Por qué el Common Law tomó un curso distinto precisamente en el siglo XII? Los eruditos o especialistas ingleses estudiaban entonces en universidades continentales, John de Salisbury era obispo de la catedral de Chartres y Nicholas Breakspear se convirtió en Papa Adrián IV. La Iglesia inglesa estaba gobernada por clérigos de origen continental y muy atenta a las directivas del papa.³

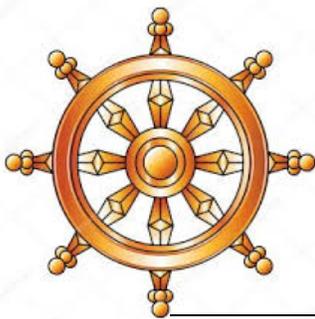
¹ Thus Richardson and Sayles, *Governance*, p. 388.

² R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 3rd edn (Paris, 1969) (Eng. edn: R. David and J. E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, London, 1968).

³ See the excellent studies on 'England's First Entry into Europe' and 'The Place of England in the Twelfth-Century Renaissance' in R. W. Southern, *Medieval Humanism and other Studies* (Oxford, 1970), pp. 135-57, 158-81, and also the same author's article on 'The Place of England in the Twelfth-Century Renaissance', *History*, 45 (1960), 201-16. The see of Canterbury was one of the main gates through which continental influence entered England. On this see R. Foreville, 'Naissance d'une conscience politique dans l'Angleterre du 12e siècle',

La clase noble que colonizó Inglaterra era de tradición continental y poseía tierras en ambos lados del Canal. Los reyes, los prelados y los caballeros hablaban francés y el mismo reino no era más que una adquisición primero de los normandos y luego de la familia Angevina. Una gloriosa adquisición, sin duda alguna, pero no una que eclipsara las demás bonanzas de la Casa de Plantagenet – Normandía y Aquitania. El reino de Inglaterra vivió en simbiosis con las posesiones de la dinastía Angevina en el continente, y no era el centro de su vasto conglomerado. Es bueno recordar que Richard I no pasó más de seis meses de sus diez años de reinado en Inglaterra y eso no fue por su propia elección, sino que fue por decisión de la familia francesa a la que pertenecía. Con el tiempo, perdió sus tierras natales y tuvo que contentarse con Inglaterra y algunas otras conquistas en las Islas Británicas.⁴

Para responder a la simple pregunta de ¿Por qué el derecho inglés es tan diferente? Algunas personas han entregado la simple y a primera vista obvia respuesta: “porque la gente de Inglaterra es muy diferente”. Este tipo de respuestas tienen una particular referencia a los románticos estudiosos del siglo diecinueve, especialmente en Alemania, quienes vieron y aplicaron el *volksgeist* [n. del. t.: el espíritu nacional] en cada manifestación de la cultura humana. La pesada mano de Hegel es tangible aquí. No hay necesidad de explayarse sobre las concepciones de la gran filosofía alemana, pero la siguiente imaginativa cita ha sido entregada por el profesor Gombrich acerca la visión de Hegel sobre la visión del “espíritu nacional”.



Me gusta ilustrar el contenido de este importante párrafo [en el Vorlesungentiber die Philosophic der Geschichte] esquemáticamente como una rueda de la cual irradian ocho radios o rayos. Estos radios o rayos representan las diversas manifestaciones concretas del “espíritu nacional” ... Son la religión nacional, la constitución, la moral, la legislación, las costumbres, la ciencia, el arte y la tecnología. Estas manifestaciones que son visibles en la periferia de mi rueda deben entenderse en su carácter individual como las realizaciones del Volksgeist: todas apuntan a un centro común. En otras palabras, desde cualquier parte del exterior de la rueda que

Entretiens sur la Renaissance du 12e siecle, ed. by M. de Gandillac and E. Jauneau (Paris/The Hague, 1968), pp. 179-208. The continentals who had taken over the English Church also took over its ancient quarrels. As Professor G. W. S. Barrow put it: 'What could be more normal - and yet what, when one thinks of it, more odd - than the spectacle of the continental Thurstan from Conde-sur-Seulles fighting vigorously in defence of the ancient church of York against the continental Raoul d'Escures fighting for Canterbury, the continental John fighting for Glasgow, the continental Bernard fighting for St. David's, while overshadowing them and moderating their adopted squabbles lay the heavy hand of the continental Henry of Normandy, determined to lose no jot or title of the rights of the Anglo-Saxon crown?' (Eng. Hist. Rev. 81 (1966), 372).

⁴ J. Le Patourel, 'The Plantagenet Dominions', *History*, 50 (1965), 289-308: the Angevin succession was continuous in the male line, father to eldest surviving son, from Fulk 'le Rechin' to Richard I; a family enterprise whose greatest plums were England and Aquitaine. J. Le Patourel, 'The Norman Succession, 996-1135', *Eng. Hist. Rev.* 86 (1971), 225-50, shows that the Conqueror had not really desired the separation of England and Normandy which followed upon his death and that a real unification, as opposed to a merely personal one, would have been quite normal; the same general theme was developed by the same author in the Stenton Lecture 1970 under the title *Normandy and England 1066-1144* (Reading, 1971).

comience a moverse hacia adentro en busca de su esencia, finalmente debe llegar al mismo punto central. Si no lo hace, si la ciencia de un pueblo le parece que manifiesta un principio diferente del que se manifiesta en su sistema legal, debe haberse perdido en alguna parte⁵.

De este modo, el sistema legal de un pueblo debería ser la manifestación de algunos principios centrales, lo que ocurre también en las ciencias, la religión, etcétera.⁶ Estas ideas son interesantes, pero ¿ayudan en algo al historiador? ¿Explicamos en realidad el curso de los eventos culpando o aludiendo el carácter o “espíritu” nacional, una imprecisa y flexible entidad⁷, para producir cierto sistema legal, o estamos jugando con palabras? El carácter nacional, el genio de un pueblo, dijo Maitland, es “un espíritu mágico que permanece de pie en el arroyo y llama a cada historiador”⁸, y C.K. Allen nos ha recordado que “la ley es pocas veces de valores completamente puros, y que nacional es una palabra muy peligrosa para usar, sin salvedad, de cualquier institución legal”⁹. Es posible que el carácter nacional, un elemento impreciso pero no menos real --claramente los normandos eran diferentes en tipo de los ingleses-- puede ser tanto un producto del sistema legal como perfectamente también puede ser la inversa. Hay pocas dudas que el hecho de vivir por siglos bajo el “Common Law” debe haber producido varias actitudes consideradas como propiamente “anglosajonas”. De hecho, Inglaterra debería ser considerada un ejemplo de la importancia de un sistema legal en la construcción del carácter nacional.¹⁰ Además, si es que el carácter nacional es la fuente del Common Law, ¿Por qué este último entró en su camino histórico en la fase menos inglesa de la historia inglesa? Y ¿Por qué al mismo tiempo no se habría originado un sistema similar en Normandía?

Si el carácter nacional no nos ayuda, -y volveré a este punto luego- entonces el clima podría ofrecer una explicación. Pero con todo respeto por las particularidades de los veranos e

⁵E. H. Gombrich, *In search of Cultural History*, The P. M. Deneke Lecture 1967 (Oxford, 1969), pp. 9-10.

⁶ See on the *Volkgeist*, which as *Vesprit de la nation* appeared among one of fourteen factors in Montesquieu and was turned into the one source of all law by Savigny, and on the historical school of jurisprudence: H. Kantorowicz, 'Volkgeist und historische Rechtsschule', *Histor. Zeitschrift*, 108 (1912), 295-325 (= *Rechtshistorische Schriften*, ed. by H. Coing and G. Immel, *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, 30, pp. 435-56) and H. Kantorowicz, 'Savigny and the Historical School of Law', *Law Quarterly Review*, 53 (1937), 326-43 (= *ibid.*, pp. 419-34), also P. Caroni, 'Savigny und die Kodifikation', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 86, G.A. (1969), 133-50. The enthusiasm for the *Volkgeist* was shared by Hegel and Savigny and many others in Germany in the early nineteenth century.

⁷ Thus the (supposed) absence of a taste for risks and love of adventure in the southern Netherlands was invoked to explain the separation of the northern and southern Netherlands in the late sixteenth century. See E. Lousse, 'Some chapters in the constitutional history of Belgium',

⁸ F. W. Maitland, *English Law and the Renaissance*, Rede Lecture (Cambridge, 1901), p. 23.

⁹ C. K. Allen, *Law in the Making* (3rd edn, Oxford, 1939), p. 88.

¹⁰F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2nd edn, Göttingen, 1967), p. 498 writes that the legal system has marked the national character more strongly in Anglo-Saxon countries than anywhere else.

inviernos de Inglaterra, y la gravedad de su impacto sobre la vida de las personas, siento que esa favorita explicación social fue pulcramente dispuesta por una frase llamativa e irrefutable de Hegel: “donde antes estaban los griegos ahora están los turcos”. Los hermosos cielos y la maravillosa costa de Hellas no ha logrado provocar ninguna repetición del milagro griego entre los habitantes posteriores de aquellas benditas costas.

¿Tendremos mejor suerte en nuestra búsqueda sobre “interpretaciones de la historia del derecho”¹¹ girando hacia el poderoso factor económico? No parece probable, ya que hacia el siglo XII Inglaterra (y Normandía) donde el Common Law nació, no eran llamativamente diferentes [al resto del continente]. Tampoco su economía agrícola, con un sistema de dominación señorial en algunas áreas y pequeños propietarios en otra, ni el desarrollo de sus pueblos y la expansión de la economía monetaria fueron únicos en Europa. Por lo tanto, renunciaremos a esta persecución sociológica por algunos factores generales y haremos el trabajo adecuado de un historiador, en cuanto al estudio de circunstancias precisas y particulares sobre cómo surgió el Common Law, sin olvidar algunas que no fueron menos importante por ser fortuitas.

El “Common Law” de Inglaterra -muy distinto al *ius commune* o al derecho tradicionalmente enseñado y aprendido en las universidades europeas- es el sistema legal más antiguo en Europa. Es el más antiguo cuerpo legal que fue común a todo un reino y administrado por una corte central o suprema con una competencia a nivel nacional en primera instancia. En el resto de Europa, la legislación se entendió ya sea como europea o local, pero no nacional. En consecuencia, un número de países paradójicamente adoptaron el cosmopolita *ius commune* para instaurar un sistema legal nacional que las diferentes costumbres no podían producir, porque no eran lo suficientemente sofisticadas, y, además, porque el orgullo regional resistió la imposición de las costumbres de una región sobre otras. (Como sucede por estos días en varios países de África, donde las leyes y los idiomas europeos sirven como mecanismos comunes de unificación nacional, junto a las costumbres y dialectos nativos). La unificación alemana mediante la introducción del *ius commune* no fue completamente exitosa y la unificación legal de Francia no se alcanzó sino hasta la promulgación de su Código Civil en 1804.

¹¹ R. Pound, *Interpretations of legal history*, Cambridge Studies in English Legal History (Cambridge, 1923). The 'economic interpretation' is one of a choice of six, the others being the ethical and religious, the political, the ethnological and biological, the 'great-lawyer' and the engineering interpretations. The book is based on a series of lectures given in Cambridge in 1922

Por siglos, de hecho, hasta las “Leyes de la Judicatura” de 1873 y 1875, el Common Law de Inglaterra consistió en un sistema de acciones o remedios legales, cada uno comandando su propio procedimiento; mientras que la legislación continental conocía reglas generales de procedimiento que gobernaban todas o grandes clases de causas.¹²

Las leyes inglesas prefieren el precedente como base para los juicios, y se mueve empíricamente de caso en caso, de una realidad a otra. Mientras que la legislación continental tiende a inclinarse teóricamente por el razonamiento deductivo, basando los juicios en principios abstractos, es más conceptual, más escolásticas y trabaja con definiciones y distinciones. En otras palabras, fue moldeada por la legislación romana de las universidades medievales. Fue un derecho de profesores o juristas, marcado por la exégesis y los comentarios sobre libros aprendidos y glosas, lo que marcó grandes diferencias entre la legislación continental y las costumbres feudales y germánicas y así como con las leyes inglesas. Con la excepción del gran libro de derecho de Henry de Bracton, no encontramos nada similar en el Common Law, donde los anuarios, con sus reportes de casos de la corte fueron absolutamente distintos al *Speculum Judiciale* de William Durand.

En Inglaterra los abogados recibieron su formación en *los Inns of Court* [n. de los. t.: los edificios de los tribunales], colegios técnicos donde aprendieron su arte como cada artesano medieval, en contacto con maestros en ejercicio, no en universidades a los pies de académicos aptos a perderse a sí mismos en controversias. El derecho inglés funcionó esencialmente dentro de la existencia de un marco de referencia feudal, mientras que al derecho continental fueron incorporados una gran cantidad de elementos externos, principalmente de origen romano. Por consiguiente, la idea feudal de relación era central en Inglaterra, y la idea romana de voluntad lo era en del derecho continental.¹³ Una diferencia final es la ausencia de codificación en Inglaterra. La tradición legal casuística y empírica generó un pobre suelo para la codificación - los romanos, quienes fueron los primeros y principales juristas, nunca tuvieron una codificación- pero con su sistema teórico y de deducción lógica de premisas generales, los códigos vinieron naturalmente en el continente¹⁴.

¹² See an excellent comparison of the two systems of civil procedure in M. Cappelletti, *Processo e ideologic* (Bologna, 1969), pp. 287-338, ch. ix; 'Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law*-"Common Law". Appunti storico-comparativ

¹³ See the remarks of Pound, *Interpretations*, pp. 56-9

¹⁴ See the useful survey of J. Vanderlinden. *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de definition* (Brussels, 1967).

Esa y otras diferencias son claras y suficientemente familiares para cada abogado interesado en estudios comparados. ¿Ha estado presente esta diferencia entre Inglaterra y el continente desde que las *gens Anglorum* [n. de los t.: los pueblos anglosajones] entraron en la escena de la historia? Si no fuera el caso, ¿En qué coyuntura tuvo lugar la separación de los caminos? Podemos responder que la diferencia no fue innata, presente entre la legislación inglesa y continental de todos los periodos. Esta diferencia existió solamente entre el “Common Law” inglés y la legislación continental a partir de la Baja Edad Media, cuando hacia el siglo XII cada una tomó su rumbo separado. No hubo diferencias esenciales e inherentes desde el comienzo, sino que aquellas diferencias llegaron en una etapa posterior, cuando una nueva y decisiva fase comenzó a la vez en la legislación inglesa y continental, pero en formas opuestas. Durante la arcaica “primera era feudal” o Alta Edad Media, no hubo diferencias esenciales en el escenario legal de la costumbre o derecho consuetudinario, en gran parte no escrito y fuertemente germánico, administrado en cortes locales en una forma que nos parece primitiva e irracional -después de 1066 incluso el feudalismo fue común a Inglaterra y el continente.

La ruptura vino con la momentánea modernización de la sociedad europea en general, y particularmente la legislación, que tuvo lugar en el siglo doce y trece, una transformación de la mayor importancia. En toda Europa hubo una ruptura con el viejo mundo post-Carolingio y comenzó un proceso que llevó eventualmente al nacimiento de los modernos estados nacionales, con su burocracia centralizada, su aproximación racional y su derecho modernizado.. Las ciudades en muchas tierras rompieron con el antiguo orden, las universidades se levantaron y con ello el estudio del *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Los gobiernos monárquicos hicieron grandes avances, los gobernantes de Francia emprendieron la unificación del reino y crearon en el Parlamento de Paris una Corte superior central, integrada por juristas profesionales educados en las universidades. Políticamente hablando, el feudalismo había gastado toda su fuerza y los enormes nuevos recursos monetarios permitieron a los estados contratar oficiales no feudales de un tipo que había casi desaparecido desde el colapso del Imperio Romano y Franco.

Si bien este surgimiento repentino ocurrió en todas partes, no tuvo lugar en todas partes al mismo tiempo, y también tuvo diferentes intensidades y énfasis. De esta manera, en algunos países medidas decisivas fueron tomadas antes de que la legislación romana ejerciera alguna influencia profunda, mientras que en otros países la innovación en la vida legal fue más

o menos paralela al renacimiento de la legislación romana. En otros países, este cambio tomó lugar mucho tiempo después de que la legislación romana medieval se convirtiera en un sistema maduro y estable. Cronológicamente, esto es de suma importancia aquí -y no es superfluo enfatizar este ingrediente elemental en la historia- el avance de un centralizado y modernizado sistema legal tuvo lugar excepcionalmente temprano en Inglaterra (y Normandía) antes de que la legislación romana estuviera en una posición de ejercer alguna influencia profunda. En Europa, ninguna otra Corte real fue accesible para todos los hombres libres en el siglo XII; el Parlamento de Paris no emergió hasta la mitad del siglo trece y entonces, y respecto de la gente ordinaria fue considerada solamente como una corte de apelación. No hay en 1188 en Europa ningún libro como el de Glanvill. Tenemos que esperar hasta el siglo XIII para encontrar algo comparable en Francia y entonces sólo en Normandía, donde la tradición anglo-normanda fue vigorosa¹⁵. En el reino de Sicilia a pesar de que algunas medidas legislativas importantes en el siglo XII¹⁶, el primer tratado jurídico exhaustivo pertenece a la época de Federico II, y sus "*Libri Augustales*" de 1231 están plagados de derecho romano. En Sajonia alrededor de la misma época el *Sachsenspiegel* de Eike von Repgau parece arcaico en comparación con el antiguo trabajo de Glanvill. En ninguna parte de Europa hay un sistema legal nacional que haya eliminado, para todos los efectos prácticos, los modos arcaicos de evidencia antes que en Inglaterra; en ninguna parte encontramos la práctica de las inscripciones judiciales tan pronto como en Inglaterra. Si es que esta modernización de la legislación fue considerada excepcionalmente temprana en Inglaterra, puede considerarse también notablemente sistemática.

La actividad de los jueces en Westminster [n. de los t.: centro de Londres] y en los circuitos rurales [*in eyre*] y las diversas acciones con las que trataron de formar un todo coherente, fueron comprendidos y descritos como tales. Esta nueva legislación y su aparato judicial fue nacional y real. Sin magnates locales, sino sólo el rey y sus jueces centrales fueron los portadores del sistema completo y su aplicación fue a nivel nacional. Esto fue muy diferente a nivel continental, donde las costumbres locales y regionales reinaron por sobre todo e incluso

¹⁵The first part of the *Très Ancien Coutumier de Normandie* is of c. 1204, the second part (where the terms of the Norman writs are given for the first time) of c. 1220. The *Grand Coutumier de Normandie* or *Summa de Legibus* is of the middle of the century. Outside Normandy the oldest French law-book is Pierre de Fontaines's *Conseil a un ami* of the same time as the *Summa*. Pierre de Fontaines worked *inter alia* in the Norman Exchequer in Rouen; his work is strongly marked by Roman law, while the Norman *coutumiers* were hardly influenced by it, see J. Brejon de Lavergnee, 'La penetration du droit romain dans les pays de l'Ouest de la France', *Recueil de Memoires et Travaux publics par la Soc. hist, droit et instit. des anciens pays de droit écrit*, 6 (1967), 55-61

¹⁶On the institutions of the Norman kingdom of Sicily see the remarkable book of M. Caravale, // *Regno Normanno di Sicilia* (Milan, 1966)

las cortes centrales juzgaron acorde a las costumbres locales en casos de apelación. Este modernizado sistema legal de Inglaterra fue esencialmente autóctono, basado en las reglas conocidas y practicas familiares Este sistema le debía muy poco a la legislación romana.

Glanvill revela algunos conocimientos con las “*Institutas*” de Justiniano, un manual de principiantes¹⁷ y Bracton, quien escribió dos generaciones después de Glanvill, conocía mucho de derecho romano, tanto del *Corpus [Iuris Civilis]* -casi quinientas secciones diferentes del Digesto y el Codex son citados- como de sus comentaristas- Azo, Tancred y Raymond de Peñafort.¹⁸ Pero Bracton, con su gran conocimiento y entendimiento del derecho romano, fue poco representativo, un errático bloqueo en el paisaje del Common Law. No formó ninguna escuela, tampoco su ejemplo encontró seguidores o discípulos.

No así en el continente, donde desde el siglo XII en adelante aparecieron eruditos comentarios sobre el *Corpus Iuris Civilis* y tratados romano-canónicos sobre procedimiento y, donde, más importantemente encontramos desde el siglo XIII en adelante una continua corriente de tratados sobre costumbre legal e importantes legislaciones reales, donde se habría absorbido derecho romano en varios grados. Pero para esa fecha el Common Law y las cortes de derecho común ya estaban firme e inquebrantablemente establecidos. Ellos habían establecido raíces y recibieron sus técnicas esenciales y perspectivas en los días de Henry II, antes de que el derecho romano influyera en la práctica legal de las cortes seculares en cualquier parte de Europa, antes de la aparición de grandes tratados exhaustivos como el *Azo's Summa Codicis* en 1208, e inclusive antes de que las cortes eclesiásticas en Inglaterra comenzaran a utilizar el procedimiento inspirado en el derecho romano, el cual ya podemos encontrar en el humilde *ordines judiciorum* del siglo XII y luego en los grandes tratados de procedimiento en el siglo XIII¹⁹. Esta precocidad, el carácter prematuro del acenso del Common Law es de suma

¹⁷ See the discussion of this point in Van Caenegem, *Writs*, pp. 380-6, the Introduction in Hall's edition of Glanvill, particularly pp. xxxvi- xxxviii, and Richardson and Sayles, *Law and Legislation*, pp. 71-87. Glanvill was so clear and methodical because he focused his attention on one great office of state, like Richard fitz Neal had done ten years before, when he described the working of the Exchequer. Miss Adams, reviewing Lady Stenton's *English Justice* in *Speculum*, 41 (1966), 374, looks for 'influence of Roman principles like that of prompt rescisin and not pleading while disseised', but anyone who cares to study Ruffini's *Actio spolii* knows that these two rules are early medieval and have nothing to do with the Bolognese revival of the *Corpus Juris*.

¹⁸ That Bracton's knowledge of the civil law was profound has recently been elucidated, after a long controversy, by Professor S. E. Thome in the Introduction to *Bracton. On the Laws and Customs of England*, ed. by G. E. Woodbine, trans. by S. E. Thome, I (Cambridge, Mass., 1968), pp. xxiv-xlvi, and more briefly in S. E. Thome, *Henry de Bracton 1268-1968* (Exeter, 1970), a commemorative lecture.

¹⁹ There is at present no general history of European law, but the reader will find a vast amount of information in the *Continental Legal History Series*, i: *A General Survey* (London, 1912) and vi: *A history of continental civil procedure*, by A. Engelmann and others (London, 1928), where contributions by many leading legal historians are brought together in translation. An excellent broad survey will be found in F. Calasso, *Medio Evo del Diritto*, i: *Le Fonti* (Milan, 1954) and in Wieacker,

importancia. No olvidemos que la fundamental *assize of novel disseisin* [n. de los t.: acción posesoria establecida en el reinado de Henry II] es de 1166 a más tardar.

¿Qué había en el ámbito de los tratados y la práctica del nuevo procedimiento romano y canónico en Europa en ese momento? La muy breve *Summa de iudiciis* de Bulgarus, escrita a más tardar en 1141 en Italia, la *Summa de actionum varietatibus* de Placentinus, otro erudito boloñés, escrita c. 1162-5²⁰ y el *Ulpianus de edendo*, una obra anglonormanda de fecha muy incierta:²¹ son tres escuetas obras pioneras, precursoras de los grandes tratados clásicos²². Tampoco la nueva moda era universalmente popular. Reservas fueron expresadas en círculos clericales respecto de las nuevas tendencias. Se sintió que había demasiados decretos innovadores y muchas apelaciones a Roma para el detrimento del Ordinario, y hubo muchas objeciones violentas al derecho romano²³. Respecto de las cortes eclesiásticas, su práctica empezó lentamente a ser influenciada por la nueva enseñanza romano-canónica en el curso de la segunda mitad del siglo doce. Los documentos eclesiásticos mostraron que en Inglaterra la irrupción del nuevo proceso y su distinta terminología no tuvo relevancia antes de los 1180's.²⁴

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. The latter although concentrating on Germany is European in outlook and begins with the origins of European jurisprudence in the Middle Ages.

²⁰The success of Placentinus in England was pointed out by P. Legendre, 'Miscellanea Britannica', *Traditio*, 15 (1959), 491, n. 2.

²¹ 21 P. Legendre, 'Un nouveau manuscrit du Pseudo Ulpian de Edendo', *Tijdschr. v. Rechtsgechiedenis. Rev. d'Hist. du Droit*, 24 (1956), 61, going back to older ideas, seems to prefer 1113-20 or even the beginning of the century. A.-M. Stückler in *Dictionnaire de Droit Canonique*, vi (Paris, 1957), col. 1135 is doubtful and prefers some date after Gratian (1140). M. Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, I (Leipzig, 1891), 615 and M. Caillemer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XI^e siècle*, *Memoires de l'Acad. de Caen* (Caen, 1883), pp. 170-4 place the work after Gratian and towards the middle of his century.

²² See van Caenegem, *Writs*, pp. 360-90. In the following years we mention the *Tractatus de iudiciis* of c. 1170, the *In principio de ordine iudiciario* of c. 1171, the *Rhetoric a Ecclesiastica* of shortly before 1179, the *Olim edebatur*, possibly by Otto of Pavia, of after 1177, Johannes Bassianus's *Quicumque vult* of 1167-81, the *Ordo Bambergensis* of 1182-5, the *Practica* of William Longchamp of 1183-9, the *ord^e Cum essem Mutinae* of Pillius of c. 1184—98 and the *Summa de ordine iudiciorum* of Ricardus Anglicus of 1196. Some of the dates differ from the traditional ones and are taken from the recent study by K. W. Nor, 'Tapstliche Dekretalen in den ordines iudiciorum der friihen Legistik', *Ius Commune*, 3 (1970), 1-9. Also see Stückler in *Dictionnaire de Droit Canonique*, vi, cols. 1135-7. The great classical works are all well known, Tancred's *Ordo* of 1214-16, Roffredus Beneventanus's two *libelli* of 1227-35 and 1237-1243, William of Drogheda's *Summa* of 1239 and William Durand's *Speculum* of 1272 (1st version) and 1287 (2nd version).

²³ C. Duggan, *Twelfth-century Decretal Collections and their importance in English history*, University of London Historical Studies, xn (London, 1963), 26; La Due, *Papal Rescripts*, pp. 44, 46; Southern, *Western Society and the Church*, p. 117. On Ralph Niger's criticism of Roman law see p. 101, n. 67.

²⁴ The history of the bishops' courts in England still has to be written, but I feel supported by the words of Miss Sayers that 'allusions to procedural troubles in the Church courts, both ordinary and delegated, of the 1150s occur in John of Salisbury's letters, which show that the outline of the *ordo iudiciarius* was not yet developed, uniform, or fully understood' (*Papal Judges Delegate*, p. 46). Kantorowicz reminds us that the procedural treatises of the twelfth century were far ahead of practice (H. Kantorowicz and W. W. Buckland, *Studies in the glossators of the Roman Law* (Cambridge, 1939), p. 72).

Es notable que eso coincide aproximadamente con el ascenso de una clase de nuevos oficiales judiciales²⁵, los oficiales obispaes [en inglés: Bishops' officials].

La recolección de la legislación papal es un buen signo de interés en el nuevo desarrollo legal. La colección inglesa de decretales papales más antigua en existencia es la Wigorniensis Altera, definitivamente uno de los primeros compuestos en Inglaterra. Es posible que de los años 1173-74, pero las decretales más recientes indican ser del 1179 al 1181²⁶. Fuese como fuere, en los 1180's el Common Law estaba en marcha con el tratado de Glanvill el cual, hacia el final de la década, lo fortalecería. En otras palabras, cuando a finales del siglo XII el aprendizaje romano-canónico empezó a conquistar la práctica de las cortes eclesiásticas de Europa y, en el curso del siglo XIII, a influenciar sus cortes seculares y sus escritores en el ámbito del derecho consuetudinario, era muy tarde para el Common Law para ser afectado en forma sustancial. Incluso Bracton, quien estaba listo para pedir prestado todo lo que pudiera, no pudo alterar la naturaleza de las "Laws and Customs of England" ["leyes y costumbres de Inglaterra"]. El Common Law estaba asentado en sus propias técnicas, prácticas, ideas e instituciones, creó su propio marco referencial y una terminología técnica de notable sofisticación y precisión hecha para durar siglos y constituir una barrera a la influencia civil. Estaba tan acorde a las necesidades y tan enraizada en la realidad social de ese entonces, que cualquier intento de cambiarla habría chocado con el famoso "*nomulus leges angliae mutari?*", con el cual en el Estatuto de Merton de 1236 los barones se opusieron al requerimiento del clero de cambiar las leyes inglesas del matrimonio.

Apenas hemos, a través de centrar la atención en la precocidad de la modernización inglesa, respondido una pregunta, que otra aparece. ¿Por qué tuvo Inglaterra este desarrollo precoz en comparación con los demás estados europeos? Los historiadores tienen presente la precocidad de Inglaterra frente a otros reinos europeos, notablemente como el de los

²⁵ C. R. Cheney, *English Bishops' Chanceries 1100-1250* (Manchester, 1950), p. 20. Cheney, *From Becket to Langton*, p. 147: 'in the third quarter of the twelfth century the *officiodes* of bishops are mentioned in general terms, then in the last two decades named individuals appear with the title'. Cf. the conclusion in E. Rathbone, 'Roman Law in the Anglo-Norman Realm', *Studia Gratiana*, 11 (*Collectanea S. Kuttner*, I) (Bologna, 1967), 263: 'There is therefore evidence of some degree of familiarity with the principles and doctrines of Roman law in a fairly wide stratum of the educated class in England about 1180 and of a marked infiltration in court and council by men with specialist knowledge.' Much research remains to be done on the spread of the new procedure in the actual *practice* of the European Church courts, but I would be surprised if it took place on any important scale before the beginning of the thirteenth century; theoretical knowledge does not necessarily lead to application in court practice. See the remarks to that effect in Scammell, *Hugh du Puiset*, pp. 70-1 and N. Adams in *Speculum*, 41 (1966), 374.

²⁶ Duggan, *Decretal Collections*, p. 69. The Anglo-Norman school of canonists belongs to the late twelfth and early thirteenth centuries, see S. Kuttner and E. Rathbone, 'Anglo-Norman canonists of the twelfth century', *Traditio*, 7 (1949-51), 279-358; Le Bras, Lefebvre and Ram-baud, *L'âge classique*, pp. 287-90; Duggan, *Decretal Collections*, pp. 110-17; Rathbone, 'Roman Law in the Anglo-Norman Realm', pp. 255- 271.

Capetianos, y su rol pionero en lo que Kienast ha llamado 'la intensivierung des Staatsbetriebs' en la Edad Media tardía²⁷. Nadie sería tan simplista como para explicar este complejo fenómeno apuntando a una sola causa. Debe haber varias, pero algunas más importantes que otras y una que ciertamente no deberíamos pasar por alto es el logro de la realeza de la antigua Inglaterra de levantar un estado unificado. Inglaterra había aprendido a vivir como un solo país, bajo un solo gobierno con una sola red nacional de instituciones, oficiales y cortes, durante los mismos siglos que el estado Franco y sus sucesores se caían a pedazos y su administración se desintegraba. El antiguo estado Inglés, unificado y consolidado en los siglos X y XI, sentó las bases políticas sobre la cuales las siguientes generaciones podrían construir el Common Law. Ocurre que estas generaciones estaban regidas por los descendientes de los reyes normandos y Angevinos y sus seguidores continentales. Ellos agregaron su propio genio como autoridades y administradores y guardianes de la ley y el orden, el que aplicaron tanto en la dominación de su conquista siciliana como en la inglesa. Ellos también trajeron su propia forma de feudalismo controlado y constructivo, aquella que sus creadores carolingios deben haber tenido en mente y de la cual se decía acertadamente que "El feudalismo funciona mejor en tanto genera rápidamente una estructura política la cual ya no es completamente feudal"²⁸. Los amos normandos de Inglaterra eran rapaces, pero también llevaron su negocio de una forma sistemática que era incomparable y llevaron a las instituciones fiscales existentes a una casi-perfección. El país que se estaba modernizando de manera particularmente precoz también estaba a la vanguardia en el desarrollo de la administración fiscal²⁹. Ahora bien, los normandos definitivamente sabían cómo regir tierras multirraciales. En Sicilia los normandos latinos dominaron sobre los griegos y árabes, en Inglaterra sobre los nativos ingleses y daneses – esto últimos habían sido políticamente absorbidos [bajo los anglosajones] pero habían mantenido sus características legales y sociales bien acentuadas.

²⁷ W. Kienast, 'Die Anfänge des europäischen Staatensystems im späteren Mittelalter', *Histor. Zeitschrift*, 153 (1936), 153; the author says 'the intensification of state activity which started in Normandy, Flanders, England and Sicily, and then in the French crown domain, led, if I may say so, to a feudal absolutism; from this significant development the German kingdom as such drew no permanent profit, only the rising territorial principalities profited from this new phenomenon'. The reader will find J. R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, 1970) very rewarding. See on the role of the time factor and the importance of England's early political unification in this context: Plucknett, 'Roman Law and English Common Law', pp. 48-50.

²⁸ J. R. Strayer and R. Coulborn, 'The Idea of Feudalism', *Feudalism in History*, ed. R. Coulborn (Princeton, 1956), p. 9. England was well placed to leave the feudal for the bureaucratic stage, as soon as the monetary resources and the professional people which the Carolingians had so cruelly lacked were available in the twelfth century.

²⁹ See Lyon and Verhulst, *Medieval Finance*.

La Inglaterra del siglo XII tenía una población muy variada y estaba muy conciente de ello – la mezcla de los Franci y los Anglici no tuvo lugar hasta la segunda mitad del siglo XII. Esto levanta la pregunta sobre el “carácter nacional” en la fundación del Common Law. Ya he mencionado el rol del “espíritu nacional”, pero me gustaría profundizar en esto, porque es en esta pregunta que las nociones al respecto necesitan una “desmitificación”. El difunto profesor Pringsheim, un destacado historiador del derecho por muchos años estuvo muy interesado en la ley inglesa y sus similitudes con la clásica ley romana³⁰.

Dio cátedra sobre este tema en Cambridge y Oxford en 1933 y publicó al respecto bajo el no menor título de “La relación interna entre el derecho romano y el derecho inglés.”³¹ El erudito autor insistió en la diferencia entre el derecho romano clásico y el derecho romano tardío o Bizantino de los tiempos de Justiniano. Estudiando las similitudes entre el derecho romano clásico y el Common Law, mostró que ambos diferían profundamente del derecho Bizantino y del derecho romano medieval basado en este último. El contraste es entonces entre el derecho romano clásico y el Common Law, por un lado, y el derecho romano tardío con el derecho académico de los juristas continentales por el otro lado.



‘El derecho continental con el cual el Common Law británico es comúnmente contrastado está influenciado por el derecho de Justiniano y el derecho romano clásico lo ha influenciado solo de manera indirecta. El espíritu del derecho romano durante la época clásica está relacionado al espíritu del derecho inglés; el espíritu de era Justiniano está casi en oposición al espíritu de la legislación inglesa. Dos parejas están en oposición, en el mismo lado el derecho del Corpus Iuris y el sistema continental inspirado por éste, y por el otro lado el derecho romano clásico y el derecho inglés apenas influenciado por el primero, pero acarreando una relación interna al mismo.’³²

[...]

El elemento disruptivo en la construcción de Pringsheim es la coexistencia en Inglaterra en el crucial siglo XII de distintos grupos nacionales. Estaban los normandos, llamados “franceses” en la documentación, y los hombres ingleses (*Englishmen*)³³. También estaban los *Flemings* y *Welshmen*, a veces mencionados específicamente en los estatutos, y los descendientes de los Daneses. Las dos naciones esenciales, que conformaban dos clases sociales distintas, eran los

³⁰ F. Wieacker, 'Fritz Pringsheim zum Gedächtnis', *Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 85, R.A. (1968), 601-12.

³¹ *Cambridge Law Journal*, 5 (1935), 347-65 (repr. in Pringsheim's *Gesammelte Abhandlungen*, I (Heidelberg, 1961), 76-90). See the remarks and bibliography in Cappelletti, *Processo*, pp. 288ff.

³² On this point we now have the monograph of Peter, *Actio und Writ*

³³ Pollock and Maitland, *History of English Law*, n, 558.

Franci y los *Anglici*, muy mencionados en los escritos reales y privados, así como en los decretos y estatutos de los siglos XI y XII³⁴. Estas dos naciones – porque si en algún momento hubo ‘dos naciones’ en Inglaterra, fue en el siglo de la fundación del Common Law- estaban separados por un gran abismo. Los ‘franceses’ eran de origen continental, regían el país y su Iglesia, controlaban su riqueza, se mantenían unidos gracias al feudalismo Anglonormando y tenían tierras en Normandía e Inglaterra. Hablaban francés –incluso el canciller de Ricardo I no sabía nada de inglés, muy para el malestar de su pueblo³⁵– eran muy cercanos a la civilización continental y tenían un estilo de vida militar y caballeresco. Tenían escaso respeto por los valores tradicionales de los ingleses conquistados, con quienes solo empezaron a casarse en el reino de Enrique II – Richard Fitz Neal escribió (¿de manera optimista?) en 1179³⁶ que en sus días el matrimonio entre franceses e ingleses se convirtió en algo tan frecuente que no se podía distinguir entre ellos al menos, agrega, entre la gente libre³⁷ – pero el punto es que la mayoría de los ingleses eran *nativi* no libres, entonces los términos “*naij*” “*campesinos*” “*villanos*” y “*Englishman*” o “*inglés*” eran sinónimos³⁸. Esta era la otra nación, principalmente no libre, angloparlante, campesina, los cuales eran privados de los altos oficios y llevaban una vida humilde dedicándose a la agricultura local, resguardando con dificultades tanto como pudieran aquellos elementos que consideraban tesoros de su propia cultura, sus reyes, sus santos y su lenguaje.

¿De quién es el carácter nacional que se refleja en el Common Law? ¿El de los normandos o el de los ingleses? Algunos de sus elementos son sin duda de origen inglés (¿y danés?): por ejemplo, algunas formas de tenencia de tierras, organización señorial y la vida en la aldea, así como apareció en las cortes señoriales, en las cortes de los condados y en las cortes de los *hundred* [n. de los t.: subdivisión administrativa del condado] (aunque no era ahí donde se

³⁴ The address *Francis et Anglicis* is current until the end of the century and occurs frequently in documents that deal with purely English affairs, so it clearly relates to the Normans and the English in England and not to the inhabitants of Normandy and those of England. I am afraid that the different view in Southern, *Medieval Humanism*, p. 142, is not confirmed by the documents.

³⁵ Stenton, *English Society*, p. 269.

³⁶ The Dialogue was begun in 1176/7 and probably completed in its original form before Easter 1179.

³⁷ Johnson, *Course of the Exchequer*, p. 53: 'Nowadays, when English and Normans live close together and marry and give in marriage to each other, the nations are so mixed that it can scarcely be decided - I speak of freemen - who is of English birth and who of Norman, except, of course, the villeins.

³⁸ Historians played an interesting part in reviving English national feeling by rehabilitating the Anglo-Saxon period. See Southern, 'The Place of England', pp. 208-18 and K. Schnith, 'Von Symeon von Durham zu Wilhelm von Newburgh. Wege der englischen "Volksgeschichte" im 12. Jahrhundert', *Speculum Historiale*, ed. C. Bauer, C. Boehm and M. Müller (Munich, 1965), pp. 242-56; this author finds that in William of Newburgh, writing at the end of the twelfth century, the opposition is no more between English and Normans but between the '*AngW*' and the Welsh and Scots; he also finds that William of Newburgh shows that English and Normans had at last been united. The influence of those historians made itself felt in the legal field, see W. Ullmann, 'On the influence of Geoffrey of Monmouth in English History', *op. cit.*, pp. 257-76.

manifestaba el Common Law). Asimismo, son de origen inglés algunos elementos del proceso judicial y, por cierto, los *writ* o decretos (pero no del modo que adoptaron bajo el Common Law). Pero la gran mayoría del Common Law pertenecía a los normandos y a su estilo de vida. El Common Law era esencialmente un derecho de propiedad feudal y el feudalismo vino del continente³⁹. La pesquisa bajo juramento [*sworn inquest*] vino de Normandía. El típico *writ* [decreto] ejecutivo y sus sucesores judicializados fueron desarrollados por los reyes normandos y Angevinos. Los oficiales reales y los feudatarios quienes dieron forma y definieron el Common Law en sus años formativos fueron en una abrumadora mayoría miembros de la nación 'francesa', así como Enrique II Plantagenet, el fundador, era él mismo un descendiente de una vieja dinastía francesa⁴⁰.

También, a pesar de lo sostenido por Pringsheim (p. 80), este Common Law era el "derecho de una clase" y no el "del reino completo y de los hombres que ahí habitaran". El Common Law no tuvo interés en la situación los campesinos no libres, los cuales fueron duramente excluidos e incluso castigados si trataban de usar sus beneficios⁴¹. Los hombres que lo crearon eran miembros de una pequeña y dominante aristocracia y era accesible solo para ellos y para la minoría de los nativos que era libre (un nivel superior entre los ingleses), y fue creado por ellos para preservar la armonía entre los terratenientes libres de clase alta. No es del asombro de nadie que el lenguaje técnico del Common Law era francés y que se mantuvo (incluso haciéndose menos y menos comprensible para los franceses) hasta los siglos XVII y XVIII⁴². Después de todo, cuando sus fundaciones estaban siendo asentadas, el Common Law era

³⁹This feudal character remained strong throughout the centuries. See the warning in Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, 11 (new edn, London, 1813), 46: 'It is impossible to understand with any degree of accuracy, either the civil constitution of this kingdom, or the laws which regulate its landed property, without some general acquaintance with the nature and doctrine of feuds or the feudal law.'

⁴⁰Le Patourel, 'The Plantagenet Dominions', p. 295, has some striking phrases about this.

⁴¹Pipe Roll 15 Henry II, p. 149. Some people are amerced 'quia petierunt assisam sicut liberi et fuerunt rustici'. Poole, *Obligations of Society*, p. 13, writes: 'The sharp distinction between freemen and villeins begins to emerge in the twelfth century with the growth of royal writs and possessory assizes... The lawyers are striving in the face of great difficulties to reduce the whole population into the simple classification, free or serf, *aut liberi aut servi*. Ultimately they were successful in degrading most of the peasants into a condition of serfdom.' It is striking that Charlemagne had also tried to enforce this simple and basic classification in his *Responsa misso cuidam data* of 802-13: 'non est amplius nisi liber et servus' (A. Boretius and V. Krause, *Capitularia Regum Francorum*, M.G.H., LL., i (Hanover, 1883) nr 58, p. 145, c. 1). There are two aspects in Henry's policy. It is true that the unfree population was excluded - but was it practically possible to give the whole population direct access to the royal courts and was it politically feasible to do this over the heads of the landowners? On the other hand Henry II gave equal protection to all free men, notably to the humble against the powerful, as is stressed in Glanvill and in the Norman *coutumiers*. There was a long tradition in the Middle Ages of alliance between the crown and ordinary freemen against the aristocracy.

⁴²Winfield, *Chief sources*, pp. 8-13. From the start French was the language spoken in the central courts. In the local courts English could have won but they were dwarfed by the royal courts and at the end of the thirteenth century the fate of English as a legal language was sealed. Even in local courts, where the parties might talk in English, their pleaders used French and so from the late thirteenth century onwards did many law-writers. A Statute - in French - of 1362 tried in vain to revive English. Equally vain was Cromwell's attempt in 1650 to impose English as the language of the law. It was finally realized by a Parliament of George II in 1731.

indistinguible de los sistemas de *breves, requenoissants y tenures* que se había desarrollado en Normandía en los mismos años para servir a los mismos gobernantes de la misma clase⁴³, y este sistema legal ciertamente no puede ser llamado inglés. Fue fundado en un periodo donde “académicamente, así como en la vida más aristocrática, Inglaterra era una colonia del imperio intelectual de Francia”⁴⁴. Esta ley Anglo-normanda solo se convirtió en inglesa después de la pérdida de Normandía, alimentada (mientras se marchitaba en Normandía) por un estado que cambió desde los Anglo-normandos a los ingleses, con su respectiva realeza y justicia inglesa⁴⁵, y con una aristocracia que al final era tan “inglesa” que “la conquista fue vista con disgusto entre hombres que eran franceses de habla y hábitos, y quienes debían la totalidad de su fortuna familiar a William I y sus sucesores”⁴⁶. Fue en el siglo XIII que la fusión de normandos con ingleses en una nación tuvo lugar y que aquel Common Law, el cual obligaba juntos a los hombres libres de todas las descendencias se convirtió realmente en inglés, distinguiéndose de la legislación continental y siendo parte de la identidad del país. Se vio entonces que el Common Law ofrecía una salida a la diferencia entre los ingleses y los normandos, juntándolos y resolviendo las contradicciones existentes.

Así llegamos a una visión opuesta a Pringsheim y consideramos que el Common Law en el siglo XIII fue de hecho un derecho de una clase. Era la ley de los terratenientes libres, una clase que estaba perdiendo su clara consciencia anglosajona o normanda y necesitaba de una nueva identidad nacional, la cual un sistema común de leyes y cortes ayudaron a proveer⁴⁷. Es así como en el siglo XIII el ser llamado inglés [*Englishman*] era algo de lo cual estar orgulloso⁴⁸,

⁴³ S. A. Riesenfeld, 'Individual and family rights in land during the formative period of the Common Law', *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, ed. R. A. Newman (New York, 1962), p. 450, rightly believes that 'until the loss of Normandy in 1204 and for some time thereafter the Conquest resulted broadly speaking in parallel developments on both sides of the Channel and the growth of feudal institutions showed no fundamental variations in both parts of the monarchy'.

⁴⁴ Southern, *Medieval Humanism*, p. 140.

⁴⁵ Most of the bishops in the period 1170-1213, who often came from the royal household, the Exchequer or the judicial bench, 'seem to have belonged to Anglo-Norman families... they present a more English look at the end of the period than at the beginning' (Cheney, *From Becket to Langton*, p. 27). Also in the middle of the twelfth century the clergy in England 'had perhaps been less disposed to think about their Englishry than at other periods, for they were often educated in France or Italy, many of them were of French origin, they looked for ecclesiastical preferment both at home and abroad'. It was the loss of Normandy that sharpened the separation from France and 'encouraged national sentiment to grow in the English Church' (*ibid.*, p. 101).

⁴⁶ Southern, *Medieval Humanism*, p. 155.

⁴⁷ The nine-hundredth anniversary of the battle of Hastings has led to several assessments of its cultural results. D. J. A. Matthew, *The Norman Conquest* (London, 1966), for example, concludes: 'The Normans succeeded in suppressing a culture that was superior to their own but what finally triumphed was not the Norman element, but a compromise between the various contenders in the arena' (pp. 290, 296).

⁴⁸ The Petition of the Barons at the Parliament of Oxford in 1258, c. 6, shows their determination that English heiresses shall not be married where they are 'disparaged' i.e. to men who do not belong to the English nation (Stubbs, *Select Charters*, p. 374: Item petunt de maritagii domino regi pertinentibus quod non maritentur ubi disparagentur, videlicet hominibus qui non sunt de natione regni Angliae).

siendo que en el siglo pasado denotaba un estado de servidumbre. Al mismo tiempo, un sistema basado en la ley feudal francesa, administrado por franceses, se convirtió en el orgullo de la nación inglesa. El Common Law ayudó a crear un carácter de nación y grandeza en la Inglaterra bajomedieval. Hizo que las personas se percataran de su distinción, comparadas con las otras naciones de las islas británicas y del continente, inspiró trabajos como el de Sir John Fortescue orgullosamente llamado *De Laudibus Legum Angliae*, escritos en 1470-71, para la instrucción del joven príncipe Edward, y el ataque de Wycliff al derecho romano como “derecho de hombres paganos” y su interpelación “desde las normas impuestas externamente por el derecho romano y el papa hacia las normas que los ingleses hicieron para sí mismos por su conducta cotidiana”⁴⁹. Estoy tentado a colocar la tesis de Pringsheim boca abajo y sugerir – con cierta exageración, aunque no sin alguna justificación- que el Common Law no fue una consecuencia del carácter nacional inglés, sino uno de sus elementos formativos.

[...]

La confianza en las costumbres del Reino y el orgullo por las Cortes Reales que tan eficientemente la administraban fueron fuertes obstáculos contra las primeras olas civiles, cuya fuerza en esta joven etapa no era comparable al prestigio y madurez que adquirieron en los posteriores siglos⁷². Los conocimientos rudimentarios de derecho romano por parte del poder judicial inglés probablemente ejerció un efecto liberador y entregó a sus miembros un estímulo intelectual para dar vuelta las páginas del pasado y exponer la práctica judicial de las triunfantes cortes centrales de una manera sistemática. El mayor logro del denominado tratado de Glanvill es típico: su contenido no es de ninguna forma romano, aunque su inspiración Boloñesa es innegable. No fue mucho, pero probablemente lo suficiente para inocular al poder judicial Real de no unirse a la “revuelta de Absalom” y adoptar el derecho Romano masivamente.

Si Enrique II podía acudir a intelectuales, también tenía los medios para contratarlos. Desde la época anglosajona que Inglaterra ha ostentado riquezas⁷³, como Guillermo el Bastardo no había fallado en predecir. La expansión económica del siglo XII entregó una considerable cantidad de recursos a disposición del Rey, los cuales fueron aprovechados en una variedad de

⁴⁹ Pound, *Spirit of the Common Law*, p. 39; Maitland, *English Law and the Renaissance*, pp. 52-4. Wyclif thought it preferable to 'lerne and teche þe kyngis statutis and namely þe Grete Chartre)þan þe emperours lawe or myche part of þe popis'.

⁵⁰ 72 See the praise of Henry II's strength and justice in Walter Map, *De Nugis Curialium*, ed. M. R. James (Oxford, 1914), p. 277.

⁵¹ 73 P. H. Sawyer, 'The Wealth of England in the Eleventh Century', *Trans. Roy. Hist. Soc.* 5th ser., 15 (1965), 145-64.

formas antiguas y nuevas, aumentando tanto la riqueza urbana como la de los terratenientes rurales. Adicionalmente, hubo un ascenso general de los ingresos señoriales. Enrique II fue probablemente el gobernante más rico de Europa, su administración financiera fue indudablemente la más eficiente y durante sus mejores años sus ingresos en Inglaterra deben haber sido casi iguales a los de toda la baronía inglesa⁷⁴. Sin embargo, manejar el reino a lo largo de líneas más modernas fue bastante costoso. La maquinaria judicial que estableció en una escala nunca antes vistas, con sus cientos de magistrados reales y su personal, recorriendo el reino o sesionando en Westminster, deben haber causado considerables gastos: ¿no todo podía ser cubierto contratando a empleados que pudieran recurrir a prebendas de la iglesia!

[...]

Fueron en tales circunstancias en que nació el nuevo sistema legal y de procedimiento anglo-normando. La historia política explica por qué lentamente se marchitó en Normandía y porqué, después de Bannockburn, fue eliminado en Escocia (donde penetró en el siglo XIII), dejando a Inglaterra sola con su Common Law. En Normandía y Escocia la creación de Enrique II eventualmente fue reemplazada por el derecho Romano que estaba conquistando Europa. Así, porque el Common Law se había vuelto parte de su Constitución política, un elemento de su conciencia nacional y la fundación de su orden social, Inglaterra se volvió una isla en el mar Romanista. Su semi-feudal, semi-moderno Common Law, el más Germánico de Europa, fue una anomalía, un fenómeno en la historia de la civilización occidental, menos moderno porque fue modernizado antes- un fenómeno común en la historia de la ciencia y la tecnología⁸⁷. El factor temporal fue de crucial importancia⁸⁸. En el resto de Europa la modernización legislativa se llevó a cabo después, durante la influencia e inspiración de la doctrina Romana, la cual alcanzó una madurez científica y fue practicada en las cortes canónicas ofreciendo su ejemplo a toda Europa⁸⁹. Dado que había un vacío legal a llenar, los

⁷⁴ Painter, *English feudal barony*, p. 170.

⁸⁷ To say that the Common Law was a freak event in western history is stating a historical fact - history has its freaks just as nature. It detracts in no way from the admiration one feels for this deviation from the common European pattern and the global importance it acquired in modern times.

Few authors have stressed the time factor in this context, but see the remarks of M. Smith, *A General View of European Legal History and other Papers* (New York, 1927), pp. 28-9. Also, Cam, *Law-Finders*, p. 163, points out its importance in the history of representative institutions and the peculiar place of the English parliament and she concludes 'it is the timing in England that differs from that of the Continent'. Cf. my own arguments in 'L'histoire du droit et la chronologie Reflexions sur la formation du "Common Law" et la procedure romano-canonique', *Etudes G. Le Bras*, n (Paris, 1965), 1459-65.

⁸⁹ See the remarks of Dawson, *Lay Judges*, pp. 44-7 on the hesitations in thirteenth-century France as to what choice to make, notably between the *enquête* of Frankish origin and the Romano-canonical modes of proof. In many countries there has been a transitional period between the archaic law of the early Middle Ages and the adoption of Roman law and Romano-

Reyes de Inglaterra lograron una modernización menos radical unas pocas generaciones antes de que el derecho Romano estuviera listo para ofrecer un modelo de modernización completamente elaborado y antes que existieran las posibilidades prácticas en cuanto al personal universitario capacitado. Este producto, sin embargo, fue adecuado para las necesidades de la época, y el Common Law, este accidente de la cronología, continuó en su curso solitario⁹⁰.

En el siglo XVI a un observador perteneciente a la tradición continental le debe haber resultado bastante anticuado e irremediamente medieval el Common Law, lleno de elementos arcaicos, los que en otros lugares habían sido sacudidos como telarañas por las doctrinas Romanistas: un fósil de los días del feudalismo occidental, respecto del cual los Anglo-Normandos pudieron esconder el hecho que estaba arraigado en anticuadas normas de derecho provincial Francés- y “el derecho normando fue el más feudal de todas las costumbres medievales”⁵⁷- así como su lenguaje técnico fue un francés anticuado y provincial. Llamaba la atención a los ingleses que viajaban por el continente. Thomas Starkey (+1538), doctor en derecho de una universidad italiana, probablemente Padua, intentó en su retorno a Inglaterra en 1534, “considerar y ponderar las costumbres y maneras de su país con la política usada aquí, en nuestra nación”. Criticó el derecho, considerándolo “sin orden ni fin” y la necesidad de codificarlo en inglés. Todos los abogados deberían ser instruidos en derecho romano; en efecto el mejor remedio sería eliminar el derecho inglés en su totalidad e introducir el derecho romano, el cual ahora es el derecho común de casi todas las naciones cristianas. Él estaba particularmente indignado ante “la gran vergüenza de nuestra nación, la gran infamia y rutina que nos imperaba, ser gobernados por leyes de una bárbara nación como la Normanda”⁵⁸. Nada provino de sus amplios planes, y el derecho inglés, el primero en modernizarse, fue el

canonical procedure. During this period experiments with native elements were made, but only in England did these experiments lead to a permanent system.

⁵⁶ 90 The time factor explains why Roman law was excluded. It does not explain why the void was filled by a system based on royal justices, writs, the forms of action, and recognitions, but this I tried to elucidate in the previous chapters.

⁵⁷ 91 R. Besnier, *La Coutume de Normandie. Histoire externe* (Paris, 1935), p. 16. On the law of Normandy as the least romanized of all French *coutumes*, see Plucknett, 'Roman Law and English Common Law', p. 28: Plucknett finds Frankish but no Roman law in twelfth-century Normandy and notes that 'the *Tres Ancien Coutumier* is as little given to Romanesque erudition as our own *Glanvill*'. On the early Common Law as essentially feudal law, see W. Ullmann's remarks in *Principles of Government and Politics in the Middle Ages* (2nd edn, London, 1966), pp. 166-8.

⁵⁸ 92 *England in the reign of King Henry the Eighth. A Dialogue between Cardinal Pole and Thomas Lupset*, by Thomas Starkey, ed. J. M. Cowper, Early English Texts Society, Extra Series, xn, II (London, 1871), 194. The Dialogue is from c. 1538. An edition in modernized English was published in 1948 by K. M. Burton. On this passage see Holdsworth, *History*, iv, 259 and Maitland, *English Law and the Renaissance*, pp. 41-6.

último en eliminar ciertos arcaísmos procesales⁵⁹. Algunas de las obvias imperfecciones del Common Law fueron remediadas a partir de la Baja Edad Media por la jurisdicción del Equity a través de la Corte de la Cancillería, cuya perspectiva era fuertemente Romana-canónica- un precio pagado por la precoz naturaleza del Common Law. El siglo XVI presenció la importancia de los tribunales de prerrogativa e incluso de algunos intentos de Enrique VIII de introducir el derecho romano, aunque finalmente terminó siendo el siglo del triunfo del Common Law, el que conservó su esencial procedimiento hasta las grandes reformas del siglo XIX y mucha de su esencial regulación hasta nuestros días.

[...]

Para comenzar, la excepcional fuerza que tuvo la monarquía inglesa en años cruciales fue el resultado de dos fenómenos que no tenía relaciones internas: el alza de un estado unificado en la época Anglo y Sajona, y su conquista por los Normandos. Mientras los Francos estuvieron pagando las consecuencias por su desintegración, por extralimitarse en la búsqueda de “Antiguos imperios y sus dioses”, los reyes ingleses se limitaron exitosamente a la consolidación de la unidad nacional; que su país fuese ocupado eventualmente por una poderosa línea de conquistadores feudales fue resultado de un tren de eventos completamente diferentes, pero que entregó un poder adicional al gobierno central y dio importancia a los reyes ingleses- estos señores feudales podían fácilmente volverse el foco de todos los inquilinos libres y su corte desarrollar un derecho común para ellos. Esta excepcional fuerza puso a Inglaterra un par de generaciones adelante en la carrera por el desarrollo de instituciones políticas y el establecimiento de un moderno sistema de derecho y de cortes. Efectivamente se excluyó al derecho romano, el cual no había alcanzado suficiente madurez para ser un competidor serio. No obstante, no hay una conexión causal entre la sincronización del éxito Boloñés y el éxito de las cortes reales inglesas. Lo que los reyes feudales estuvieron haciendo en Inglaterra fue irrelevante para los glosadores y canonistas del norte de Italia, el ritmo de su enseñanza y de su difusión europea no tenía conexión causal con los desarrollos de Inglaterra- excepto en el sentido más vago de un general progreso de la civilización europea. Que el derecho romano y canónico haya alcanzado madurez y una aplicación europea justo después

⁵⁹ 93 The law on default is a striking example of the survival of archaic attitudes in the Common Law till this day. For centuries the Common Law remained loyal to the idea of the old Germanic process that litigation without the presence of plaintiff and defendant was impossible (as impossible as having a football match without one of the teams). No judgment could be given unless the defendant appeared. The law could put pressure on him, seize his goods, threaten outlawry, but not give judgment for the plaintiff; this became possible in the eighteenth century, and then always against the defaulter.

de que el Common Law se estableció, solo puede ser llamado una suerte de la cronología, una coincidencia. De la misma forma que fue una coincidencia que el derecho romano y el canónico estuvieran fácilmente a mano cuando Luis IX decidió modernizar las cortes francesas, y que hayan completado su carrera al tiempo que los Germanos los “recibieron” en su turno⁶⁰. Las universidades, las curias Romanas y las oficialidades no sincronizaron su progreso con las políticas internas de los reinos europeos.

Su ritmo tiene incluso menos conexión con varias circunstancias fortuitas en la escena inglesa, como la accesión al trono, alrededor de dos generaciones antes de que el derecho académico haya alcanzado una posición de fortaleza, de un gobernante con el interés y la ambición de modernizar la justicia- no un rasgo universal en los reyes. Y fue nuevamente una coincidencia que Enrique II gobernara después que Stephen y Matilda hubieran creado tal caos que el país estaba listo para la rígida limpieza a nivel nacional que introdujeron las *Assizes* [de Clarendon de 1166, las cuales establecieron entre otros el juicio por jurado (n. de los t.)] y una liquidación de las contradicciones e incertidumbres judiciales a través de la centralización de las cortes reales⁶¹- un factor relevante para acelerar el proceso de reforma en un momento en que el tiempo era relevante. Si el derecho romano proporcionaría la esencia para el modernizado derecho del estado burocrático medieval tardío o solo una contribución limitada, suficiente para dar un estímulo intelectual a los descubrimientos nativos, fue principalmente una cuestión de tiempo.

La importancia del tiempo se puede ver en todo su esplendor en la diferencia histórica entre Inglaterra y el continente. Su desarrollo fue tan diferente no porque los elementos básicos de la civilización inglesa fueran diferentes – todos lo compartimos, las tradiciones mediterráneas y germánicas, el cristianismo en su forma protestante y católica, la vida urbana, la monarquía y los parlamentos, las universidades y las ciencias, las artes y la agricultura, el comercio y la industria- pero precisamente porque el tiempo de su aparición e influencia fue diferente. Los ingredientes son los mismos, el ritmo del impacto, la sucesión de sus altibajos fue diferente.

⁶⁰ 100 See the remarks on events in various European countries in Dawson, *Lay Judges*, p. 302, who writes: 'None of these developments was inevitable. None needed to occur, certainly on so great a scale.'

⁶¹ The exceptional position of the crown and the crisis of the local courts, which we saw in the first chapter, led to the elimination of the local justices and the amazing supremacy of the central courts. But for those circumstances new rules and concepts might have been introduced in the existing courts, and a very different legal situation might have been produced. In the county of Flanders, for example, the second half of the twelfth century also witnessed a striking modernization of procedure, but it all came about in the existing courts, notably in the courts of the powerful towns, and in no way led to the expansion of the *curia comitis*. In England the will to modernize law and procedure coincided with a crisis in the local administration of justice.

Esto fue verdad desde el comienzo y es más llamativo si uno hace la comparación con los grandes países del continente, Galia o Francia. En el siglo VIII la civilización en Galia y en las iglesias francas había alcanzado su punto más bajo, mientras en la Inglaterra de Bede, Boniface y Alcuin fueron un faro en la oscuridad y salvaron al reino de los francos mediante un programa de asistencia masivo. Cuando el continente se volvió feudal en la época Carolingia y post-Carolingia, Inglaterra no compartió su desarrollo. No fue hasta después del 1066 que el feudalismo llegó a sus costas, en la víspera, irónicamente, del declive del feudalismo en Europa como fuerza política y militar. En el siglo XII el estado inglés fue el modelo más avanzado, imitado por la dinastía franca de los Capetos. Inglaterra no permitió que el feudalismo realizara su disruptiva potencialidad e incluso, por el contrario, fortaleció el poder real; pero cuando el reinado Angevino comenzó a sobrepasar sus límites, cuando la *vis et voluntas* [fuerza y voluntad] del rey e incluso su *ira et malevolencia* se tornaron intolerables y el gobierno personal de la monarquía socavó el estado de derecho, el feudalismo proporcionó el marco constitucional para la resistencia⁶². Los barones rebeldes basaron su posición en el derecho feudal y siguieron sus formalidades. Porque, si el rey era su gobernante divinamente ordenado, él también era su señor feudal y como tal, tenía obligaciones hacia ellos: el rey y los barones habían entrado en un contrato y la naturaleza contractual del feudalismo medieval coloreó todo el panorama constitucional de la época. Así, Inglaterra ignoró el feudalismo cuando pudo haber socavado al estado, pero lo tenía realmente a mano, cuando servía, sin arriesgar la integridad del Estado, para limitar el poder real⁶³. Esto parece ser feudalismo en su esplendor y es una de las paradojas de la historia que los reyes y señores de extracción francesa construyeran en Inglaterra un mejor sistema feudal que en casa: este derecho feudal, el ladrillo que los constructores continentales rechazaron cuando giraron al derecho romano, se volvió la piedra angular del Common Law. Jugó un enorme y más bien inesperado rol en el siglo XVI. Cuando la monarquía absoluta triunfó en el continente, el parlamento inglés se mantuvo firme y venció a la monarquía, el deplorable triunfo –así es visto por varios- de la reliquia medieval sobre formas modernas y progresivas de gobierno⁶⁴. El Common Law y el poderoso lobby de los

⁶² 102 See the remarks in Ullmann, *Principles of Government*, pp. 151ff.

⁶³ 103 See the important pages on 'the constitutional significance of the feudal relationship and its bearing on the individual in society' in Ullmann, *Individual and Society*, pp. 51-98.

⁶⁴ 104 Pound, *Spirit of the Common Law*, p. 63: 'In the seventeenth century it was progressive to insist upon the royal prerogative. Those who thought of the king as the guardian of social interests and wished to give him arbitrary power, that he might use it benevolently in the general interest, were enraged to see the sovereign tied down by antiquated legal bonds discovered by lawyers in such musty and dusty parchments as Magna Carta.'

abogados del derecho común en el parlamento fueron instrumentales en esta victoria⁶⁵, y tenemos aquí el sorprendente espectáculo de un sistema legal inaugurado en el siglo XII por reyes franceses y por una aristocracia feudal francesa que apuntala al parlamento inglés en el siglo XVI⁶⁶. Pero lo que es atrasado y despreciado en un siglo es moderno e implorado en el siguiente: los siglos XVIII y XIX admiraron extremadamente las instituciones inglesas: su gótico parlamento, por más medieval que fuera en su origen y estructura, se volvió el sueño de los revolucionarios liberales y la piedra clave de los modernos estados civilizados del continente.

Sin dudas se pueden encontrar más ilustraciones de este extenso *chassé-croisé*, y el uso del Common Law es sólo un episodio entre otros, pero debemos concluir. ¿Quién estaba fuera de sintonía con quién, Inglaterra con el continente o viceversa? La respuesta dependerá del punto de vista, tal como la respuesta a si en caso de niebla sobre el Canal de la Mancha, Gran Bretaña está cortada del continente o el continente está cortado de Gran Bretaña. No me aventuraré a dar mi propia respuesta⁶⁷, pero solo expondré la paradoja de que el Common Law, que se transformó en un verdadero sello distintivo de la vida de Inglaterra, no fue originalmente nada de inglés. Era una especie de ley feudal continental desarrollada en un sistema inglés por el rey y por jueces de origen continental. En un par de generaciones, esta exótica innovación adquirió el tono protector de una especie completamente nativa⁶⁸, pero ver a través de este velo y señalar la verdadera procedencia y el origen real del Common Law es el deber del historiador.

⁶⁵ 105 See Ch. Ogilvie, *The King's Government and the Common Law 1471-1641* (Oxford, 1958).

⁶⁶ 106 Opinion in England at the time was divided: while some believed the Common Law to be the ancient free constitution from Anglo-Saxon times, others decried it as the bad law, brought by the tyrannical Normans, see Hill, *Puritanism and Revolution* (2nd edn, London, 1965), pp. 58-125; D. Veall, *The popular movement for law reform 1640-1660* (Oxford, 1970).

⁶⁷ 107 Although a medievalist can hardly help remembering Isidore of Seville's phrase about Britain as 'Oceani insula interfuso mari toto orbe divisa' (*Etymologiae*, XIV, VI, 2).

⁶⁸ 108 I borrow this simile from the excellent description of the transformation undergone in Scotland by the justiciar of Anglo-Norman origin, see G. W. S. Barrow, 'The Scottish Justiciar in the twelfth and thirteenth centuries', *The Juridical Review* (1971), p. 133.