

“WRIT” Y “ACTIO” EN EL SURGIMIENTO Y LA
 CONFIGURACIÓN DEL PROCESO CIVIL INGLÉS MEDIEVAL
 [“Writ” and “Actio” in the Rise and Configuration of the English Medieval
 Civil Proceeding]

ÁLVARO J. PÉREZ RAGONE*
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Una gran diferencia entre el sistema jurídico inglés y el Continental-Europeo se marcó por las diferentes formas de acceder a la tutela jurisdiccional. Esto se manifestó en el surgimiento de los *writs* (de “to write” = “escribir, lo escrito”), con caracteres muy similares a la *actio* romana, sin identificarse con ella. El *writ* era la orden dada por la autoridad real para dar inicio al proceso o determinar medidas de cumplimiento. La oración “*ubi remedium ibi ius*” fue convertida en “*where is a writ, is a right*”. El proceso precedía al derecho. Así, la corte responsable decretaba en tanto recibía la orden de las secretarías letradas. Si la *actio* romano fue recibida en Inglaterra directamente o indirectamente, sea por los anglosajones, o los normandos, sea del derecho romano-italico del norte o del derecho romano-canónico, son preguntas hasta hoy no pacíficamente respondidas.

PALABRAS CLAVE: *Writ – Actio –* Proceso civil inglés medieval.

ABSTRACT

An important difference between the English legal system and the Continental-European system was marked because of the different forms of accessing the jurisdictional tutelage. This was evidenced in the rise of the *writs* (from “to write, what is written”), with characters very similar to the Roman *actio*, but without identifying with it. The *writ* was the order given by the royal authority to start the process or to determine measures to enforce it. The sentence “*ubi remedium ibi ius*” was converted in “*where there is a writ, there is a right*”. The process preceded the right. Thus, the responsible court decreed when receiving the order from the law clerks secretarships. If Roman *actio* was received in England direct or indirectly, whether by the Anglo-Saxons, or the Normans, whether from North Roman-Italic Law or Roman-canonical law, are questions not peacefully answered until today.

KEYWORDS: *Writ – Actio –* English Medieval Civil Proceeding.

* Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo proceso civil inglés de 1998 como cuerpo sistematizado de normas similar a un código constituye sin duda un importante hito que rompe con una tradición de más de mil años¹. La distinción entre derecho material y procesal era impensable hasta un siglo atrás. La conformación de las bases del proceso civil inglés en el medioevo dio lugar a un sistema único donde el punto de partida era la posibilidad de tutela de un derecho invocado como presupuesto para su existencia misma². La insularidad inglesa sin duda coadyuvó a que el sistema que surgió en el medioevo tenga notas particulares propias, pero al mismo tiempo comunes y conectadas a otros sistemas jurídicos existentes³.

La conexión del “derecho” (*right*) con la “acción” (*writ*) dio un carácter particular al procesal medieval inglés. Bien puede decirse que existió un sistema jurídico ordenado sobre la base del resguardo jurisdiccional de los derechos⁴. Cuando se refiere a éste, se alude a una concepción del derecho, en la cual la fijación y determinación del derecho material deviene de la posibilidad de su resguardo efectivo mediante determinados procedimientos y órgano predispuestos. El derecho en su conjunto es pensado a partir del derecho procesal no siendo escindible ni pensable el derecho que se alega vulnerado del proceso en el cual se hace valer. Puede así ser designado como un sistema jurídico por acciones⁵. Calificativo que cabe también al Derecho Romano clásico. En efecto los elementos comunes entre la *actio* y el *writ* son notables. El proceso civil inglés del período medieval temprano y medio se presenta como un respetable crisol jurídico: espejo del sistema de acciones del derecho romano, con una decisiva impronta de los diferentes pueblos bárbaros y con cierta influencia del derecho romano-canónico⁶.

Las similitudes y cercanías con Derecho Romano Privado y su sistema de acciones con la conformación del sistema medieval inglés podrían hacer sugerir “recepción” o “influencia directa”. Sin embargo no resulta acertado confundir “influencia” y “similitudes” con “recepción”. La metodología que empleará este trabajo consistirá en exponer los puntos de contacto como “vidas paralelas” en

¹ KENGYEL, Miklos, *Zivilprozessrecht um die Jahrtausendwende*, en *ZVglRWiss* 101 (2002), pp. 260 ss.; DREYMÜLLER, Dagmar, *Die Reform des englischen Zivilprozessrechts - Eine Abkehr von fundamentalen Grundsätzen des englischen Zivilprozessrechts unter Annäherung an den deutschen Zivilprozess?*, en *ZvglRWiss*. 101 (2002), pp. 471 ss.; SOBICH, Philip, *Die Civil Procedure Rules 1999 - Zivilprozessrecht in England*, en *JZ*. (1999), pp. 775 ss.; WEBER, Helmut, *Aktuelle Prozeßrechtsreformen in England*, en *ZZPInt.* (2000), pp. 59 ss.

² SCHMITTHOFF, Clive M., *Der Zivilprozeß als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken*, en *JZ*. (1972), pp. 38 ss.

³ SAMUEL, Geoffrey, *System und Systemdenken. Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law*, en *ZeUP*. 3 (1995), pp. 375 ss.

⁴ DE BOOR, Hans-Otto, *Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken* (Leipzig, 1941), p. 20.

⁵ SCHUSTER, Thomas, *writ - Claim form - Klage* (Göttingen, 2006), pp. 2-10.

⁶ Comp. ZIMMERMANN, Reinhard, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, en *ZeUP*. 1 (1993), pp. 4 ss.

tanto aspectos de concordancia y de divergencia⁷. Para ello será menester primero abordar el surgimiento de los *writs* en el proceso medieval inglés. Luego se analizará la influencia que ejercieron los derechos germano, anglosajón, normando y franco. Finalmente se desarrollarán las hipótesis de influencia del derecho romano, del derecho romano-italiano y finalmente del romano-canónico.

Sostener sin más la influencia inmediata del derecho romano clásico sobre el proceso civil inglés medieval no es una afirmación válida en términos absolutos⁸. Los argumentos tradicionales fundados en la obra de Oscar Olguín Silos y la influencia normanda, romano-italica o romano-canónica como puentes para la influencia romana sumados a la similitud de la *actio* con el *writ* no resultan argumentos suficientes⁹. En primer lugar se tratará de justificar la tesis del surgimiento original del proceso civil inglés medieval con la determinante influencia del derecho de los distintos pueblos bárbaros y solo apenas residual del proceso civil romano¹⁰. Así tampoco es dable sostener que, mediante la influencia del derecho anglosajón, normando o franco se haya verificado una recepción mediata del sistema formulario romano. En segundo lugar también la tratará la influencia del proceso romano-italico (en especial del procedimiento longobardo)¹¹. Con la llegada del jurista lombardo Vaccarius a Inglaterra en el año 1143—con vasto conocimiento del derecho romano, transmitiendo las cuatro partes de la codificación del *Corpus iuris civilis*—podría haberse verificado por esta vía la influencia del proceso romano¹². Finalmente se examinará la alternativa de recepción mediata del proceso romano-canónico para la conformación del sistema inglés medieval de fórmulas.

⁷ Sobre la metodología que se ha de emplear para la comparación de institutos jurídicos históricos como desarrollados paralela e independientemente, pero con notables notas en común, véase FLESSNER, Axel, *Die Rechtsvergleichung als Kündin der Rechtsgeschichte*, en *Zeup.* 7 (1999), pp. 513 ss.; REIMANN, Mathias, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, en *Zeup.* 7 (1999), pp. 496 ss.; finalmente, comp. ZIMMERMANN, Reinhard, *Einführung: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Privatrechtsdogmatik*, en *Zeup.* 7 (1999), pp. 494 s

⁸ Véase, así, PETER, Hans, *Actio und writ* (Tübingen, 1957), p. 14; KAUFMANN, Horst, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, en *Juristische Zeitung* (1964), p. 487; KOSCHAKER, *Römisches Recht*, pp. 213 s.

⁹ KOLLMAN, Andreas, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht* (Berlín, 1996), p. 131; SCHULZ, Fritz, *The Writ “praecipe quod reddat” and its Continental Models*, en *Juridical Review* 54 (1942), pp. 1 ss.

¹⁰ El tratamiento que se dará difiere de metodología expositiva de por ejemplo PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 66 y 21.

¹¹ Esto no debe entenderse como la negación, en términos absolutos, de toda influencia del Derecho romano. Comp. PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 65 ss.

¹² KAUFMANN, Horst, “*Causa debendi*” und “*causa petendi*” bei *Glanvill* sowie im *römischen und kanonischen Recht seiner Zeit*, en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, 17 (1961), p. 116; MAITLAND, Frederic W, *The Constitutional History of England* (Londres, 1961, reimpresión de 1908), p. 11.

II. LAS DISTINTAS CULTURAS JURÍDICAS DE LOS BÁRBAROS EN LA INGLATERRA MEDIEVAL

El formalismo procedimental anglosajón de origen germano tuvo cuatro importantes características¹³. En primer lugar estaba excesivamente sujeto al rito de modo tal que, inobservancia de minúsculas exigencias podía conducir al rechazo de la demanda y con ello a la falta de tutela del derecho. En segundo lugar el sistema probatorio consecuente con el rigorismo formal se asentaba en pruebas tasadas. Subsidiariamente cuando las pruebas producidas no ofrecían grado de convencimiento se acudían a medios de prueba irracionales (vg. ordalías, duelos de Dios, etc.), pero que en definitiva aseguraban siempre un resultado positivo o negativo sobre lo que se alegaba. Este sistema de prueba formal y no de mérito fundaba suficientemente la sentencia que se dictaba¹⁴. La certeza de la respuesta asentada en un Dios aseguraba siempre un resultado. En tercer lugar era costumbrista y sin formulación escrita no conociendo propiamente un sistema de acciones¹⁵. Finalmente el resabio germano impidió que se pudieran separar el hecho del derecho. La demanda como la prueba mezclaban rito, hechos y derecho sin distinción alguna entre lo que se solicitaba y el porqué se lo solicitaba. Todo ello generó un sistema donde de toda actividad probatoria necesariamente se derivaban consecuencias de acontecimientos con naturaleza irracional y sesgos religiosos, que daban certeza y retroalimentaban el respeto al ritualismo¹⁶. El sistema era idealmente perfecto: objetividad absoluta por dependencia de fenómenos no determinables por el órgano que asumía función jurisdiccional y efectividad en la respuesta que excluía toda laguna. En definitiva todo era respuesta divina no siendo el juez más que un mero agente e instrumento¹⁷.

La conquista normanda significó no solo una mayor institucionalización, racionalización, centralización y organización, sino además las bases para el surgimiento paulatino del *Common Law*¹⁸. La necesidad de centralizar el control de todas las funciones en el rey llevó a la creación de vínculos jerárquicos

¹³ HARMER, Florence Elizabeth, *Anglo-Saxon Writs* (2ª ed., Stamford, 1989), pp. 10-20; PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 65; KOLLMAN, Andreas, cit. (n. 9), p. 131.

¹⁴ MACNAIR, Michael, *The Forms of Proof in Early Modern Equity* (Berlín 1999), pp. 12-35; KAUFMANN, Horst, cit. (n. 12), p. 138.

¹⁵ HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte* (Heidelberg, 1999), p. 7; BRUNNER, Heinrich, *Die Entstehung der Schwurgerichte* (Berlín, 1872), p. 130; véase, igualmente, el estudio de WILLOCK, *The Origins and Development of the Jury in Scotland* (Edinburgo, 1966), passim.

¹⁶ CAENEGAN, Raoul C. van, *La preuve dans le droit du moyen âge occidental*, en *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* 17 (1961), pp. 735-739; HARMER, Florence Elizabeth, cit. (n. 10), pp. 25-32.

¹⁷ LANGBEIN, John, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime* (Chicago, 2006), pp. 6-8.

¹⁸ CAENEGAN, Raoul C. van, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, 1973), pp. 5-15; MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 12), p. 6; PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 516; contrario a esta posición BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), p. 132.

de simple y directo acceso a aquel¹⁹. No fue una excepción la función judicial. Incluso en el período inicial las controversias jurídicas con gran contenido político eran solucionadas en forma personal por los reyes²⁰. Es a partir del año 1100 que las cortes reales de primera instancia comienzan a conocer en los procesos bajo su competencia²¹. Dos elementos resultan importantes en esta etapa normanda inicial. En primer lugar la formalidad preexistente anglosajona comienza a receptarse en fórmulas para hacer valer los derechos ante las cortes. En segundo lugar el sistema probatorio anglosajón, que era formal, tasado y ritualístico, es sustituido por uno de mérito donde se daba libertad al juez y no necesariamente debía sujetarse a fenómenos o datos predeterminados en la apreciación y valoración de sus consecuencias²². A lo largo de la segunda mitad del siglo XII el juez real otorgaba por ejemplo al demandado otro mecanismo probatorio diferente al duelo, más racional con prueba y contraprueba. Pero ello debía llevarse a cabo por ante un grupo de vecinos. Así se determinaba y se procedía a elegir un determinado número de vecinos los cuales eran citados a los efectos de responder preguntas vinculadas con la cuestión litigiosa²³. Este procedimiento difería del similar establecido en el derecho germano consistente en el juramento requerido a determinados vecinos citados por las propias partes. En el sistema normando era un funcionario auxiliar, el *sheriff*, cumpliendo orden directa del mismo tribunal quien procedía a su elección y citación. Para importante parte de la doctrina este es el origen de los jurados²⁴. Esto aun cuando desde el punto de vista cronológico pueda presumirse que ello se debió a la influencia del derecho romano-italico en Inglaterra por los francos –en la figura denominada *privilegs*– que fue receptada en forma directa por los normandos. En efecto éstos fueron fuertemente influenciados durante su ocupación de la Normandía alrededor del año 900 por el derecho franco-carolingio mediante la figura denominada *inquisitio* a los efectos de proteger los derechos de los reyes e invistiéndolos de la posibilidad de actuación tanto para dirección e impulso del proceso, como para ordenar medidas que tengan por objeto el esclarecimiento de determinadas cuestiones²⁵. Ya a mediados del siglo XII el rey podía reclamar para sí un determinado proceso para avocarse directamente a su conocimiento. Para ello simultáneamente se designaba un delegado para informar a los vecinos sobre la relación jurídica respecto de la cual se requería su opinión²⁶. Esta delegación

¹⁹ BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), pp. 132 s.

²⁰ MAITLAND, Frederic W, cit. (n. 12), pp. 10-14, 114.

²¹ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 16; en detalle para el derecho germánico, véase BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), pp. 405-412.

²² LANGBEIN, John, cit. (n. 17), pp. 4-8; FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria nel diritto comune* (Milano, 1953) I, pp. 100-106.

²³ CAENEGAN, Raoul C. van, *The Law of Evidence in the Twelfth Century: European Perspectives and Intellectual Background*, en *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law* (Vaticano, 1965), p. 297.

²⁴ BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), pp. 84-86.

²⁵ BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), p. 77; PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 31.

²⁶ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 65

para inquirir muy usual y claramente regulada en los normandos tenía su símil franco, solo que entre estos era más acotada y pensado para el solo ejercicio de autoridad (*privileg*) antes que en ejercicio de autoridad para obtener información relevante²⁷. En los normandos esta orden emanada del rey recibió el nombre de *inquisitio*, mientras que en el derecho franco se denominaba *indiculus*²⁸.

Durante la segunda mitad del siglo XII fue establecida la imposición de un acto formal del rey como presupuesto para la apertura del proceso. Este acto formal ordenatorio asumió distintas modalidades según el tipo de procedimiento. El actor debía obligatoriamente acudir a las secretarías de consejeros letrados del rey (*Chancery*) para solicitar allí se emita la orden escrita del rey que luego debía ser entregada al funcionario competente para actuar jurisdiccionalmente. Esta orden recibió el nombre latino de *breve* y, en lengua sajona, *writ*. Ella no sólo contenía la orden oficial de apertura del proceso sino que además refería a diferentes medidas coercitivas e impulsivas del juicio²⁹. Si la orden tenía por objeto principal o único el inicio formal de un proceso recibía el nombre de *original writ* o *breve originale*. Dentro de la gran variedad de *writs*, es esta la que nos interesa en forma relevante a los efectos de poder hacer un paralelo con la institución de las *formulae* y en definitiva de la *actio* del procedimiento romano clásico³⁰. El *original writ* contenía además de la orden del rey acompañada de formalidades específicas, una breve descripción de los hechos que, según el demandante fundaban su petición³¹. Esta relación de los hechos sin embargo no era efectuada por el propio demandante sino mediante un resumen efectuado por un escriba de la *Chancery*. Debido a la reiteración de demandas similares en sus elementos de hecho y peticiones, las órdenes se fueron estandarizando en su formulación y contenido, arribándose finalmente a la elaboración de formularios que permitían mayor agilidad y rapidez en su elaboración. Justamente estas fórmulas son las que curiosamente tienen gran identidad con las *formulae* propias del procedimiento clásico romano³². Si esta similitud es puramente casual o, por el contrario, existe la influencia remota del proceso romano clásico, o del proceso romano-italico es un interrogante que permanece aún abierto³³.

1. Los anglosajones

Durante los siglos V y VI la isla británica recibe la inmigración de pueblos de

²⁷ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 12), pp. 120 s.

²⁸ SCHMIDT, Eberhard, *Inquisitionsprozess und Rezeption* (Leipzig, 1940), pp. 10-25.

²⁹ PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 19-23.

³⁰ PRINGSHEIM, Fritz, *The Inner Relationship between English and Roman Law*, en *Gesam-melte Abhandlungen* (1961), I, p. 84.

³¹ CAENEGAN, Raoul C. van, cit. (n. 18), pp. 60-82.

³² PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), p. 84 expresa que las fórmulas de los *writs* existían en Inglaterra con anterioridad al avance y recepción del Derecho Romano; en el mismo sentido se pronuncia PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 65; similar conclusión, aunque no tan precisa, en JOLOWICZ, H. C., *Obligatio and Actio*, en *The Law Quarterly Review* 68 (1952), pp. 469 ss.

³³ No convencido de lo sostenido por la posición sustentada por los autores en nota 32 sosteniendo la influencia del Derecho Romano Clásico, KAUFMANN, Horst, cit. (n. 8), p. 587.

ascendencia germana-teutona³⁴. Pueblo con instituciones jurídicas que se imponen y desplazan al derecho romano vigente³⁵. Una segunda corriente ingresa entre los siglos IX y XI conformada por daneses, otro pueblo de origen germano con derecho oral y fundado en la costumbre similar al anterior pero menos organizado institucionalmente³⁶. Estas dos corrientes anteriores impusieron un derecho consuetudinario que desplazó en muchas áreas al derecho romano³⁷. La tercera corriente migratoria también de un pueblo germano es la de los anglosajones con un derecho consuetudinario similar a las dos anteriores pero sin la fuerza y organización de quienes terminaron conquistando la isla en 1066, es decir los normandos³⁸. Este constituye el punto de inicio histórico para la constitución de un sistema jurídico único, el cual bien puede ser descrito como un “sistema de acciones”. En efecto partía de la acción o petición que se hacía valer bajo determinadas formalidades para arribar al derecho tutelable³⁹. Se manifestó no mediante la *actio* sino por un *writ*. Esta expresión en su significado incluye a la acción, a la fórmula, a la demanda, en definitiva cualquier acto revestido de ciertas formalidades que tenga aptitud para iniciar o impulsar algún proceso judicial⁴⁰.

Es poco conocido el derecho y en especial el proceso judicial de este período. Su principal característica está marcada por la influencia jurídicas germana-teutona como sistema mucho más fuerte e imponente que el sajón. Tanto insular como continental el derecho germano tuvo una gran influencia marcada por la unidad entre el derecho procesal civil y penal fundado en muchos ritos destinados a determinar sobre el demandado su culpa o inocencia⁴¹. Giraba inicialmente en torno a la venganza privada institucionalizada. El proceso era de las partes y solo interesaba a ellas. La participación del juez tenía solo por objeto dar garantía de institucionalidad pero su rol era sumamente pasivo⁴². La participación de los vecinos era relevante y el recurso a medios de pruebas para minimizar o directamente excluir las dudas en el juzgador, llevó a regular instituciones como las ordalías y el duelo que tendían en definitiva a brindar la máxima certeza y a excluir posibles arbitrariedades del juzgador⁴³. El emplazamiento del demandado se efectuaba como un acto privado sujeto a la puesta del sol como punto límite que determinaba el conocimiento que debía tener el demandado en su lugar de

³⁴ Principalmente se tratan de las culturas de los Anglos, Sajones y Bretones (aunque en menor grado), véase, en detalle, CURZON, Leslie B., *English Legal History* (Plymouth, 1979), p. 4.

³⁵ CURZON, Leslie B., cit. (n. 34), pp. 3 s.

³⁶ HOLDSWORTH, Sir William S., *A History of English Law* (Londres, 1936), II, p. 15

³⁷ PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), pp. 84-90.

³⁸ PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 19 y 65.

³⁹ SCHMITTHOFF, Clive M., cit. (n. 2), p. 38.

⁴⁰ LANGBEIN, John, cit. (n. 17), pp. 4-10.

⁴¹ AMES, John, *The Salic and Anglo-Saxon Courts*, en *Lectures on Legal History* (Harvard-Cambridge, 1913), passim.; HOLDSWORTH, Sir William S., cit. (n. 36), p. 103.

⁴² PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 43.

⁴³ BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), p.77.

residencia y, en su ausencia, su señora o servidumbre. Lo que podía ser acreditado mediante testigos⁴⁴.

El contenido del emplazamiento debía ser de forma tal que se comunique lo requerido por el actor al demandado intimándolo a comparecer ante el tribunal. Habiendo comparecido el demandado, el actor debía bajo juramento⁴⁵ repetir su demanda por ante el tribunal. Recién entonces podía dirigirse al demandado de acuerdo a rígidas fórmulas prescritas⁴⁶.

2. *Los Normandos y el surgimiento de los “writs”*⁴⁷

Con la conquista normanda se produjeron dos cambios jurídicos-procesales importantes, aun cuando el sistema sajón no fue radicalmente modificado. Por un lado se estableció una jurisdicción eclesiástica⁴⁸, y por el otro se cimentó un sistema feudal con sus propias reglas de aplicación de la coerción y resolución de conflictos⁴⁹. El gran cambio tiene lugar bajo el reinado de Enrique II (1133-1189) mediante la creación de las Cortes Reales. Sus funcionarios actuaban en calidad de empleados del rey y para la resolución de los diferentes casos debían acudir obligatoriamente a la costumbre local y a las reglas que iban conformando el derecho común (*Common Law*)⁵⁰. Paralelamente se desarrolló la jurisdicción eclesiástica (*Curia Regis*) con tres tribunales que entendían en cuestiones diferentes. La *Court of Exchequer* entendía en cuestiones tributaria. La *Court of Common Pleas* era competente para todas cuestiones civiles. La *Court of King’s Bench* representaba la jurisprudencia de interés relevante para el rey y se superponía en muchas cuestiones con la competencia de la *Court of Common Pleas*. Su función principal radicaba en la supervisión de la jurisprudencia de los tribunales inferiores⁵¹.

a) Los *writs* hasta el siglo XIII. A partir de Enrique II, el rey podía avocarse directamente para conocer un proceso que haya sido tramitado por ante las corte reales mediante una orden dirigida al *sheriff* u otro funcionario judicial. Esta orden se denominaba *writ* o *brevia*⁵². Estas órdenes escritas podrían contener la

⁴⁴ HOLDSWORTH, Sir William S., cit. (n. 36), p. 103.

⁴⁵ WORMALD, Patrick, *Dispute in Anglo-Saxon England*, en *Settlement of Disputes in Early Medieval Europe* (Cambridge, 1986), p. 154.

⁴⁶ BIGELOW, Melville Madison, *History of Procedure in England from the Norman Conquest* (Londres, 1880), p. 224; la demanda maliciosa tenía sanción penal; véase al respecto POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., *The History of Common Law before the Time of Edward I* (Cambridge, 1898, reeditado en 1989), I, p. 40; comp., por cierto, HOLDSWORTH, Sir William S., cit. (n. 36), p. 105.

⁴⁷ El término es el participio de la voz en inglesa antigua “*write*”, cuyo significado es “escrito”.

⁴⁸ BAKER, John H., *An Introduction to English Legal History* (Londres, 1990), p. 14; CURZON, Leslie B., cit. (n. 34), p. 17.

⁴⁹ CURZON, Leslie B., cit. (n. 34), pp. 17, 148.

⁵⁰ CAENEGEM, Raoul C. van, *History of European Civil Procedure*, en *Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, 1973), XVI, cap. 2º, p. 25.

⁵¹ POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), pp. 519 ss., 572 s.

⁵² HOLLOND, H.A., *Writs and Bills*, en *Cambridge Law Journal* 8 (1942-1944), pp. 15

indicación de alguna medida judicial a tomarse. De esta forma por un lado, se presentan como instrumentos para la aplicación de la voluntad directa del rey. Por otro, para el proceso judicial significaba la posibilidad otorgada al demandante para obtener –previo pago de tasas– de parte de los consejeros jurídico reales (*Chancery*), estas órdenes dirigidas a los funcionarios judiciales que estaban entendiendo en dichas causas⁵³.

Los *writs* con el timbre real contenía los nombres y la dirección de las partes, una breve descripción de los hechos desde la óptica del demandante y la orden del rey que, de acuerdo a la relación de los hechos se dirigía al demandado exigiéndole determinada conducta⁵⁴. He aquí un ejemplo: “*Rex vicecomiti salutem. Questus est mihi N. quod R. iniuste et sine iudicio desseisivit eum de communi pastura sua in illa villa que pertinet ad liberum tenementum suum in eadem villa, vel in illa alia villa, post ultimam transfretationem meam in Normanniam. Et ideo tibi precipio quod si predictus N. fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc facias duodecim liberos et legales homines de visneto videre pasturam illam et tenementum, et nomina eorum in breviari. Et sumone eos per bonos summonitores quod tunc sit coram me vel iusticiis meis parati inde facere recognitionem. Et pone per vadum et salvos plegios predictum R., vel bailivum suum si ipse inventus non fuerit, quod tunc sit ibi auditurus illam recognitionem. Et habeas ibi summonitores et hoc breve et nomina plegiorum. Teste*” etc.⁵⁵.

La similitud del contenido y la relación de los hechos con otros *writs* dictados con anterioridad, llevó a que paulatinamente los funcionarios de la *Chancery* acudieran a fórmulas de redacción similares o idénticas. Ello condujo a la elaboración de fórmulas predispuestas para la tutela de determinados derechos en base a la casuística del derecho común (*Common Law*)⁵⁶. Ya en el siglo XII era conocida una recopilación de las principales fórmulas. Así la tarea de los funcionarios reales solo se limitaba a completarlas con el nombre y domicilio de las partes simplemente⁵⁷.

A lo largo del tiempo éstos empiezan a recibir designaciones especiales acor-

ss.; PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 19; HALE, Matthew, *The Prerogatives of the King* (Londres, 1975), pp. 23-120.

⁵³ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 19; por cierto ellos deben ser diferenciados de los así llamados *judicial writs*, que eran medidas preliminares dictadas por los tribunales que ordenaban el cumplimiento de una prestación, véase y compárese, al respecto, BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England* (10ª ed., Londres, 1787), III, p. 282; POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), p. 19.

⁵⁴ Los *original writs* comenzarán a redactarse completamente en latín a partir de 1730, véase, al respecto, BLACKSTONE, William, cit. (n. 53), p. 322; PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 19 s.

⁵⁵ GLANVIELL XIII, 37, esto de acuerdo a la cita de HALL, G. D. G. (coord. y traductor), *Glanvill, Ranulphus de, Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae qui Glanvillia vocatur* (*The treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*) (Londres - Edinburgo, 1965 con reimpression en 1983), pp. 169 y 167.

⁵⁶ CAENEGEN, Raoul C. van, cit. (n. 18), p. 60.

⁵⁷ TURNER, Ralph, *The English Judiciary in the Age of Glanville and Bracton c. 1176-1239* (Cambridge, etc., 1985), pp. 25-63.

de al derecho que se hacía valer⁵⁸. Así surgen las designaciones de *writ of novel disseisin*, *writ of right*, *writ of detinue*, *writ of mort d'ancestor*, *writ of debt*, *writ of trespass*, etc. que denotaban el derecho material cuya tutela se requería⁵⁹. Las fórmulas contenían un saludo al funcionario a quien se dirigían concluyendo con la orden del Rey de acuerdo a la petición solicitada⁶⁰. A lo largo del tiempo se multiplicaron los tipos de *writs*, lo que aparejó la modificación del mecanismo de inicio del proceso, a lo cual se debió adecuar la administración de justicia. Con ello también se debieron incorporar nuevos supuestos de hecho, lo que no solamente implicaba la creación de un nuevo *writ*, sino que ello debía ser debidamente justificado. Ello llevó a dar competencia al rey en casos del *Common Law* para controlar los nuevos *writs*⁶¹.

Así la dependencia del derecho que se invocaba con el *writ* mediante el cual se lo hacía valer se manifestó con la expresión “*no writ, no right*”, en tanto el acceso a la justicia dependía de la preexistencia de un *writ* determinado que contemple el derecho que se quería hacer valer. No tardó mucho tiempo para que se crearan nuevas y nuevas fórmulas o bien, se modificaran las ya existentes surgiendo simultáneamente la necesidad de elaborar cuerpos ordenados, tarea que fue iniciada por los funcionarios de la *Chancery*⁶². Estas colecciones provienen de 1227 y fueron considerada oficiales llamados *Register of (original) writs*⁶³.

b) Origen de los *writs*. Las órdenes reales escritas en lengua sajona existían ya en el período anglosajón y continúan con el dominio normando, pero sin

⁵⁸ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 20.

⁵⁹ Un estudio completo al respecto puede verse en CAENEGAN, Raoul C., van, *History* cit. (n. 50), p. 22.

⁶⁰ PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 21 ss.

⁶¹ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 44.

⁶² BLACKSTONE, William, cit. (n. 53), p. 49; MAITLAND, Frederic W., *Lectures on the Forms of Action at Common Law* (Cambridge, 1936, reimpresión en 1984), p. 41. En la “Lecture” II, Maitland expresa: “At the beginning of the twelfth century England was covered by an intricate network of local courts. In the first place there were the ancient courts of the shires and the hundreds, courts older than feudalism, some of them older than the English kingdom. Many of the hundred courts had fallen into private hands, had become the property of great men or great religious houses, and constant watchfulness was required on the king’s part to prevent the sheriffs, the presidents of the county courts, from converting their official duties into patrimonial rights. Then again there were the feudal courts; the principle was establishing itself that tenure implied jurisdiction, that every lord who had tenants enough to form a court might hold a court of and for his tenants. Above all these rose the king’s own court. It was destined to increase, while all the other courts were destined to decrease; but we must not yet think of it as a court of first instance for all litigants; rather it, like every other court, had its limited sphere of jurisdiction. Happily the bounds of that sphere were never very precisely formulated; it could grow and it grew”.

⁶³ Puede verse una colección de estos documentos entre los años 970 a 1070 en HARMER, Florence Elizabeth, *Anglo-Saxon Writs* (Stamford, 1989); para períodos posteriores, especialmente entre 1227 y 1230, véase MAITLAND, Frederic W., *The Collected Papers of Frederic William Maitland* (Cambridge, 1911), II, pp. 130 ss. esp. 135), donde surge que en los veinte años iniciales, por ejemplo, ya existían 121 *writs* (véase esp. pp. 142 ff.); ya en 1270 existían unos 322; comp. igualmente PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 46.

fórmulas fijas. Estas recién asumirán este rol cuando se le asignen la función de medio para iniciar el proceso en el reinado de Enrique II⁶⁴. Es entonces cuando se introducen los formularios tomados del procedimiento de cognición normando, los que a su vez tienen origen franco. Los antecedentes se remontan muy mediamente al período romano tardío. Estos fueron sistemáticamente compilados por Casiodoro (490-583) como ministro y jurista ostrogodo⁶⁵. En todos estos formularios la estructura y contenido ordenador es similar y su recepción tiene lugar en la isla con los *writs praecipie quod reddat*⁶⁶.

c) Emisión y notificación de los *writs*. Los *writs* eran elaborados en la *Chancery* a petición del demandante sin audiencia del demandado. De acuerdo a lo peticionado correspondía un determinado *writ*, quedando en manos del demandante el elegir aquel que sea el adecuado para su pretensión. Si bien inicialmente el número de *writs* existentes no era numeroso y consecuentemente no conllevaba tanta dificultad su selección, no siendo mayor tarea la del secretario para elegirlos, con el pasar el tiempo aumentó considerablemente su número. En el siglo XIII se establece un arancel a pagarse por página⁶⁷. Una vez que era escogido el *writ*, completado los datos que se requerían y pagado el correspondiente arancel aquel era timbrado y notificado al titular del tribunal, quien debía proceder a notificar al demandado con constancia de recepción (*return of the writ*). Sólo excepcionalmente se podía notificar directamente a éste último⁶⁸.

La importancia del *writ* no sólo radicaba en ser el escrito que daba inicio formal al proceso sino que además determinaba la estructuración de las sucesivas etapas procedimentales: la competencia del tribunal, las formas en las citaciones e intimaciones, los requerimientos específicos sobre el objeto que se solicitaban a las partes (*pleadings*), plazos, los distintos medios de prueba admisibles (juramento, jurado, duelo), reglas aplicables en casos de rebeldía y hasta las distintas alternativas para llegar a la sentencia definitiva y la subsiguiente ejecución de la misma⁶⁹.

El *writ* revestía también un importante significado en relación al derecho material. En especial el *original writ* determinaba las normas materiales en base a las cuales el juez debía pronunciarse sobre los hechos alegado por la partes. Así éstas solamente tenían que alegar lo relativo los hechos sobre los cuales fundaron su posición. Era actividad exclusiva del juez procurar y determinar el derecho aplicable (*iura novit curia*)⁷⁰. Las distintas reglas jurídicas a ser aplicadas fueron

⁶⁴ BIGELOW, Melville Madison, cit. (n. 46), p. 147.

⁶⁵ BRUNNER, Heinrich, cit. (n. 15), pp. 309 ss. y 404.

⁶⁶ SCHULZ, Fritz, *The writ „praecipie quod reddat” and its Continental Models*, en *Juridical Review* 54 (1942), pp. 1 ss.

⁶⁷ POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), p. 211.

⁶⁸ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 29.

⁶⁹ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 4; POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), pp. 568 ss.; BÜCKER, Ursula E., *Mündliche und schriftliche Elemente und ihre rechtsgeschichtlichen Hintergründe im englischen Erkenntnisverfahren* (Berlin, 1978), pp. 15-30.

⁷⁰ No nos encontramos frente a "normas generales" aplicables con la sistemática y visión de un "código", sino normas a las que debían ajustarse los casos particulares para recibir la

desarrollándose a lo largo del tiempo en la práctica judicial, acudiendo los jueces frecuentemente a su empleo por analogía ante similitud de los hechos y conflictos planteados. Así la decisión de cual norma jurídica era aplicable para un caso determinado debía efectuarse de acuerdo al contenido del *original writ*, el que recordemos era escogido por el actor. Así si por ejemplo si se deseaba demandar una determinada suma de dinero, debía acogerse el *writ of debt*⁷¹. Si se debía tener en consideración una contraprestación cumplida por el demandante debía acudir a otro tipo “*consideration, quid pro quo*”. Si lo requerido se encontraba documentado en un título privado debía acudir *writ of covenant*. Si se requería el resarcimiento de daños y perjuicios debía acudir a otro *writ*. Y si no era posible incluir la pretensión en unos u otros tenía la posibilidad subsidiaria del *writ of trespass on the case*⁷². Los distintos supuestos de hecho no surgían de lo contenido o expresado en los distintos *writs*, sino más bien de las distintas normas jurídicas desarrollada por los tribunales sobre la base de aquéllos. La actuación jurisprudencial era por demás prudente. De esta manera no siendo la exposición de los hechos alegado por la parte la adecuada y correcta para el éxito de determinado tipo de *writ*, la demanda era rechazada por inadmisibile. Para ello era suficiente que el tribunal arribe a un convencimiento de que los hechos alegados diferían de los hechos adecuados al *writ* que se hizo valer. Esto era rigurosamente seguido en la práctica rechazándose frecuentemente demandas por no ser las alegaciones de hechos adecuadas al *writ* que se hacía valer⁷³. Esta sentencia desestimatoria de la demanda no impedía que el actor pudiera escoger un nuevo *writ* para interponer una nueva demanda, por cierto elevándose el costo del arancel por pagar y de alguna manera dilatando la iniciación del proceso⁷⁴.

d) La multiplicación de los *writs* y las lagunas legales. Hasta el siglo XIV la Chancery logró solucionar parcialmente la enorme multiplicación de nuevos o reciclados *writs*. Es entonces cuando puede considerarse conformado un verdadero “*writ-system*”. Ello es la totalidad del derecho privado ya no fue organizada de acuerdo a los fundamentos del derecho material o aquello que las partes solicitaban, sino que se estructuró y sistematizado en base al recurso o tutela procesal que al respecto se ordenaba. Sobre ello se desarrolló el *Common Law* creándose y haciendo uso de nuevos *writs*. Esto es precisamente lo que tiene muchos puntos de conexión con la visión del derecho por acciones del derecho romano honorario siendo que para una *obligatio* correspondía una *actio*⁷⁵. La desestimación de una demanda por el defecto del *writ* escogido creaba cierta se-

apertura de acceso al proceso, véase, así, PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 36 nota al pie 126); comp. NICHOLAS, Barry, *Besprechung von Peter, Actio und writ*, en *Iura* 9 (1958), p. 235

⁷¹ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 36

⁷² POTTER, Harold, *Potter's Historical Introduction to English Law* (Londres, 1958), p. 286.

⁷³ POTTER, Harold, cit. (n. 72), p. 287.

⁷⁴ JAMES, Philip S., *Introduction to English Law* (Londres, 1989), p. 28; MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 4.

⁷⁵ NICHOLAS, Barry, cit. (n. 70), pp. 235, 236, BEHREND, Okko, *Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der Lex Aquilia*, en *JuS.* (1985), pp. 878 ss.

guridad y consolidación en las decisiones judiciales⁷⁶, pero a su vez elevaba la tarea de la *Chancery* y el peso del tiempo en el requirente de tutela jurisdiccional⁷⁷.

e) Limitaciones al poder de la *Chancery* para la emisión de nuevos *writs* en el siglo XIII. Durante el siglo XIII, para fortalecer la posición de los nobles, se obtienen nuevos tipos de *writs* que fueron paulatinamente consolidando el poder jurisdiccional de las cortes reales. En la *Charta Magna* de 1215 fue explícitamente regulado que los *writ praecipe quod reddat* podían ser otorgados solamente a los vasallos de la corona⁷⁸. Ello, en otros términos, cuando el actor sostenía haber recibido su feudo en forma directa del rey, tenía derecho a solicitarlos. Esta limitación se tradujo posteriormente en una demanda con su correspondiente *writ (of novel disseisin*, luego devenido en *writs of entry*) de carácter netamente posesorio⁷⁹. El resultado de la evolución antes descrita, se tradujo en una competencia atribuida a las cortes reales, no importando finalmente si el bien cuya posesión se discutía había resultado o no de un feudo otorgado por el rey. Le bastaba al demandante alegar que el demandado detentaba el inmueble ilegítimamente⁸⁰. A mediados del siglo XIII se limitaron aún más las facultades de la *Chancery*, en especial mediante las disposiciones conocidas como *Provisions of Oxford* del año 1258. Allí se estableció que un nuevo *writs* solamente podía crearse por el acuerdo del *Magnum Concilium*, que estaba integrado por vasallos del rey⁸¹. Bajo el reinado de Eduardo I (1272-1307) comienza paulatinamente la participación del parlamento para la creación de nuevas leyes (*statutes*)⁸². Así el *Statute de Westminster* II, de 1285, tuvo por objeto específico la regulación de la dictación de nuevos *writs*⁸³. Se dispuso que nuevos *original writs* podían ser despachados siempre y cuando existiera consenso del parlamento⁸⁴.

⁷⁶ POTTER, Harold, cit. (n. 72), pp. 287 s.

⁷⁷ JAMES, Philip S., cit. (n. 74), p. 28; MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 4.

⁷⁸ Art. 24 de la Magna Charta y al respecto, véase PETER, Hans, cit. (n. 1), pp. 71, 24; MAITLAND, *Forms of Action*, pp. 23 ss; CLANCHY, Michael T., *From Memory to Written Record. England 1066-1307* (Oxford, 1993), pp. 25-65.

⁷⁹ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), pp. 23 ss., 42; POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), II, pp. 65 s.

⁸⁰ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 42.

⁸¹ POLLOCK, Frederic - MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 46), II, p. 196.

⁸² PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 72 ss.

⁸³ Cap. 24: "*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 ne contigat de cetero quod curia diu deficiat querentibus in justitia perquirenda*", de acuerdo a la cita de SCHUSTER, Thomas, cit. (n. 8), nota al pie 77.

⁸⁴ El significado del *Statute of Westminster* II es valorizado en forma muy variada por los autores. Para algunos, significa el fin de las potestades otorgadas a la *Chancery* para la emisión de nuevos *writs* [véase, así, PETER, Hans, cit. (n. 8), pp. 72 s.]. Mientras que para otros, muy por el contrario, la disposición consolidó formalmente la competencia de la *Chancery* para la elaboración de nuevos *writs*, teniendo en cuenta que ello había sido casi abolido por las *Provisions of Oxford* 1258 [NICHOLAS, Barry, cit. (n. 70), pp. 235, 237 s.].

De esta forma a la *Chancery* le quedaba solo la posibilidad de poder emitir *writs* siempre y cuando denoten pequeñas variaciones de los ya conocidos (*formulare in consimili casu*)⁸⁵. De esta manera se arriba a una solidificación del “writ-systems” en materia de derecho inmobiliario y feudal. La facultad de emitir *writs in consimili casu* fue empleada por la *Chancery* especialmente en materias vinculadas al derecho de los contratos y de responsabilidad por delitos⁸⁶. De esta forma fue ampliado el *writ of trespass upon the special case*, el que hasta 1360 estaba sólo limitado a determinados supuestos de ilícitos, siempre que haya existido uso de violencia. Así en el *writ of trespass in assault and battery* se tendía a la reparación de los daños a las personas mientras que en el *writ of trespass de bonis asportatis* se resguardaba el daño a las cosas⁸⁷. Con posterioridad comienza a ser aplicado en los casos de vicios a la voluntad contractual no sólo mediante violencia sino también en caso de engaño⁸⁸. En forma paralela al desarrollo antes descrito se va consolidando una adecuada redacción y registro de los diferentes *writs* mediante el *register of writs*⁸⁹.

III. EL SURGIMIENTO DE LA “EQUITY” ANTE LAS INSUFICIENCIAS DE LOS “WRITS”

Como un sistema paralelo al *Common Law* se desarrolla a partir del siglo XIII el sistema de *Equity*⁹⁰. Éste no sólo implicó un derecho privado paralelo, sino además la creación paulatina de un sistema procesal propio. Las causales de su surgimiento pueden ser atribuidas, entre otras, a dos elementos propios del procedimiento del *Common Law*. En primer lugar el riesgo que corría el demandante al no hacer una correcta elección del *writ* adecuado para el procedimiento. En los hechos implicaba la imposibilidad o al menos la dilación en el resguardo de su derecho reclamado. No siendo perfectamente adecuado a un determinado *writ* el derecho que se pretendía hacer valer no resultaba tutelado⁹¹. Además, siendo la cuantía de la demanda muy elevada, aun cuando resultaba evidente que correspondía que fuera reconocido en favor del demandante una porción de lo requerido, la regulación estricta de las formas implicaba en los hechos el rechazo de la demanda. En segundo lugar el derecho material quedaba en un segundo plano con relación al procedimiento, revistiendo tal dependencia que

⁸⁵ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 65.

⁸⁶ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 73 con argumentos convincentes sobre la función creadora de derecho por parte de la *Chancery*; en el mismo sentido, NICHOLAS, Barry, cit. (n. 70), pp. IVRA 9 (1958), pp. 235, 237 s.

⁸⁷ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 66

⁸⁸ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), p. 90.

⁸⁹ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 47; comp. por cierto con SAMUEL, Geoffrey, cit. (n. 3), pp. 375- 395.

⁹⁰ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 62), pp. 162 ss.

⁹¹ Ciertamente, la falta de creación de nuevos *writs* desde el *Statute de Westminster II* condujo a lagunas difíciles de colmar en el sistema; véase, al respecto, SCHUSTER, Thomas, cit. (n. 8), pp. 9-11.

apenas resultaba relevante⁹². A ello se sumaba la inexistencia de una segunda instancia. Solamente existía la posibilidad de impugnar el protocolo judicial mediante un *writ of error* pudiéndose revocar la sentencia solo en los supuestos errores, reenviando la misma para una nueva decisión. A partir del siglo XIII el demandante podía acudir directamente al rey quien se debía pronunciar conforme justicia. De esta manera fue frecuente acudir al rey a los efectos de que revise las decisiones adoptadas por los tribunales del *Common Law* respecto de las cuales el agraviado invocaba una injusta aplicación del derecho (*jurisdiction in error*)⁹³. Ello se hizo aún más usual en el siglo XIV, lo que condujo en los hechos a la configuración de variados procedimientos debido a la sobrecarga que tenía el rey delegando estas funciones en sus consejeros⁹⁴. En caso que la petición se dirija a solicitar la modificación del derecho material o procesal, ello era decidido por el parlamento, asumiendo la resolución carácter de ley derogatoria. Ahora si se trataba de un conflicto privado sin mayor relevancia su resolución era delegada a los miembros del consejo real, por ejemplo al *Chancellor*⁹⁵.

El procedimiento de equidad se diferenciaba sustancialmente del de *Common Law*. El *Chancellor* era quien cumplía la función de juez y decidía sobre las cuestiones de hecho y de derecho sin intervención del jurado⁹⁶. De esta manera, en la práctica el cargo lo desempeñaba un jurista responsable encargado de resolver las cuestiones sujetas a su conocimiento. El *Chancellor* gozaba así de mayores facultades como deberes para lograr el correcto esclarecimiento de los hechos, ya que debía investigar en forma plena y completa la controversia a decidir. Esto también incluía el solicitar las declaraciones de las partes y de testigos⁹⁷. Sin embargo también en este procedimiento regía el principio dispositivo, correspondiendo a las partes iniciar el proceso y fijar el objeto de la litis⁹⁸. El procedimiento era informal y de sencilla tramitación, justamente contrario a las causales que obstaculizaban el buen funcionamiento del procedimiento en el sistema del *Common Law*⁹⁹.

El inicio del procedimiento de *Equity* se diferenció del *Common Law* en primer lugar porque el primero precisaba solo de un *writ*, llamado *writ of subpoena*, mediante el cual se emplazaba al demandado bajo amenaza de pena de oficio por

⁹² JAMES, Philip S., cit. (n. 74), p. 28.

⁹³ CURZON, Leslie B., cit. (n. 34), p. 88; véase el detalle de los casos, en STUBBS, William, *Chronicles and Memorials of Great Britain and Ireland During the Middle Ages* (Londres, 1986), p. 298

⁹⁴ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 113.

⁹⁵ Comp. POTTER, Harold, cit. (n. 72), pp. 572 s.

⁹⁶ CAENEGEM, Raoul C. van, cit. (n. 50), p. 45.

⁹⁷ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 119.

⁹⁸ ENGELMANN, Arthur - MILLAR, Robert W., *A History of Continental Civil Procedure* (Londres, 1927) pp. 19 ss.

⁹⁹ HOLMES, Oliver W., *Early English Equity, in Selected Essays in Anglo-American Legal History* (Boston, 1908, reimpreso Frankfurt am Main, 1968), II, pp. 705 ss.; LANGDELL, Christopher C., *The Development of Equity-Pleading from Canon Law Procedure*, en *Selected Essays in Anglo-American Law History* (Boston, 1907, reimpreso Frankfurt am Main, 1968), II, pp. 753 ss.

la *Chancery*¹⁰⁰. El *writ of subpoena* no tenía ningún significado material, sirviendo solamente para la citación del demandado. Es decir se trataba exclusivamente de un *judicial writ* con una naturaleza diferente a la del *original writs*¹⁰¹. Si bien inicialmente era suficiente la simple petición por ante la *Chancery* para el otorgamiento del *writ of subpoena*¹⁰², posteriormente se comenzó a exigir una petición escrita llamada *bill of complaint*¹⁰³. Este contenía una petición informal para el otorgamiento del *writ of subpoena* acompañado de una breve descripción de los fundamentos de la petición, no siendo ello tan estricto como la formulación exigida para el *original writ*. Con posterioridad se desarrolló un escrito modelo que contenía el nombre del demandante y demandado, el objeto de la demanda, la conducta reprochable del demandado y los daños ocasionados, el agravio a la equidad y la petición de llevar adelante el proceso¹⁰⁴. El *bill of complaint* representa la primera oportunidad mediante la cual el demandante podía manifestar su petición con una relación sucinta de los hechos sobre los que la fundaba acompañado de una breve descripción de la prueba. En definitiva los hechos sobre los cuales se debía decidir y la prueba que debía rendirse surgían del *Bill of complaint* y de la conducta que asumiera el demandado oponiéndose o no a la petición del actor¹⁰⁵.

IV. LOS TRIBUNALES MARÍTIMOS Y LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

Paralelos a los tribunales del *Common Law* y la jurisprudencia de *Equity* se desarrollaron otros que también eran competente para entender en cuestiones civiles. A partir de 1070 se desarrollan en Inglaterra los tribunales eclesiásticos¹⁰⁶, lo que fueron competentes paralelamente los tribunales seculares en cuestiones vinculadas con derecho de familia y sucesiones. Hasta la reforma fueron parte de la organización judicial inglesa viniendo al Papa como instancia última y superior¹⁰⁷. Ante los tribunales eclesiásticos se observaba el procedimiento romano-canónico el que permaneció inalterable y no influenciado por el procedimiento secular¹⁰⁸.

Especial importancia revirtieron los tribunales en derecho marítimo (*Court of Admiralty*), surgido como tribunales especiales directamente constituido por la *Curia Regis*. Debido precisamente a la dificultad por la especial materia

¹⁰⁰ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 624.

¹⁰¹ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 119.

¹⁰² BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 120.

¹⁰³ POTTER, Harold, cit. (n. 72), p. 579

¹⁰⁴ HOLDSWORTH, Sir William S., *A History of English Law* (Londres, 1944), IX, pp. 379 ss.

¹⁰⁵ CAENEGEM, Raoul C. van, cit. (n. 50), p. 74

¹⁰⁶ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 147.

¹⁰⁷ BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 147.

¹⁰⁸ LYNCH, John E., *The Canonical Contribution to English Law*, en *Studia Canonica* 33 (1999), pp. 505-525; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y derecho canónico: Las raíces canónicas de la Common Law* (Madrid, 1991), passim.

que significaba el derecho marítimo y lo complejo del procedimiento surge la necesidad de la constitución de estos tribunales. Aquí resulta muy interesante el hecho de que la *Court of Admiralty* aplicaron el proceso romano-canónico que era empleado por los tribunales eclesiásticos. El principal obstáculo era la aplicación de la institución del jurado propia del *Common Law* para que se optara por el proceso romano-canónico. Ahora bien no es precisamente extraño, ya que el derecho material marítimo que era aplicado estaba fundado principalmente en principios del derecho romano¹⁰⁹.

V. “ACTIO” Y “WRIT”

El interrogante sobre los orígenes romanos del sistema inglés de derecho privado conformado a partir del procedimiento no admite la respuesta inmediata de un fundamento acudiendo como directriz única al derecho romano clásico. A partir de la descripción que se hizo de la paulatina formación del sistema de los *writs*, podría quizás servir de fundamento justamente para sostener una cierta influencia romana a través de los normandos. Ambas afirmaciones son parcialmente correctas. Sin embargo es posible formular una tercera hipótesis que predique la influencia conjunta tanto romana como del derecho normando y franco¹¹⁰. El estudio de algunas de las obras de los principales juristas de la época servirá para demostrar el trasfondo en la evolución histórica del sistema de los *writs*.

En el *Tractatus* de Ranulf Glanviell, concluido entre los años 1187 a 1189, se llegan a mencionar setenta y cinco diferentes formularios de *writs*, de los cuales diez son *Originals writs*¹¹¹. De este total algunos fueron incorporados directamente desde la Normandía. La elaboración bibliográfica de los glosadores comienza a desarrollarse recién luego del año 1170 en lo relacionado con los requisitos y principios procesales en torno a los libelos que sirvieron de base para la elaboración del pensamiento del sistema por acciones en Italia. El resultado en la práctica fue la creación de los libelos. Es posible ver mucho antes de la influencia romano-italica la imposición de fórmulas para peticionar la tutela de determinados derechos y para la realización de algunos actos de impulso y tramitación del procedimiento¹¹². En el tratamiento de los diferentes *writs*, Glanviell da fundamento a un concepto y término procesal que se convertirá en el centro de su sistema: la *petitio*¹¹³. Si bien éste término no recibió la misma atención y relevancia en la praxis y dogmática romana ni romano-italica, ellos se debió a que la voz *actio* era empleado casi como

¹⁰⁹ COOTE, Henry C., *The Practice of the High Court of Admiralty of England* (Londres, 1868), pp. 10-55; PRITCHARD, Mak-YALE, David, *Hale and Fleetwood on Admiralty Jurisdiction* (Londres, 1992), pp. 5-25.

¹¹⁰ WOLFF, Hans Julius, *Prozessrechtliches und materiell-rechtliches Denken in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung*, en *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschacker* (Roma, 1954), II, pp. 403-423.

¹¹¹ PETER, Hans, voz “Glanvill Ranulf”, en *Handwörterbuch deutsche Rechtsgeschichte*, CORDES, Albrecht - LÜCK, Heiner - WERKMÜLLER, Dieter (Berlin, 2005).

¹¹² PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 20, nota al pie 45.

¹¹³ PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), p. 84

sinónimo al menos en sus alcances. Así es posible constatar el uso de *petitio* en Placentino y en Glanviell. Aun cuando éste último y el resto de los juristas de su tiempo hayan podido tomar de los glosadores ciertos aspectos, por el solo dato cronológico de la preexistencia del sistema inglés de los *writs* no parece aceptable sostener cronológicamente la influencia directa de las obras romano-italicas de los glosadores¹¹⁴. Sí es posible sostener que Glanviell empleó las elaboraciones del derecho romano-italico para dar una concepción sistemática y ordenada al sistema inglés de los *writs*. Más aún, puede afirmarse que precisamente porque para Glanviell ya era conocida la estructura por fórmulas y el funcionamiento del sistema inglés, ello facilitó y no determinó la incorporación de las nociones elaboradas por los juristas romano-italicos. Y que, por su similitud y en su caso identidad con un sistema preexistente la elaboraciones efectuadas no eran extrañas ni desconocidas para los juristas ingleses de ese tiempo¹¹⁵.

1. *Influencia del Derecho Romano-Itálico nórdico*

Mientras en el norte de Italia la actividad de los glosadores se concentraba al estudio derecho romano sobre la base del *Corpus iuris civilis*, en Inglaterra la recepción de las elaboraciones eran tamizadas por el derecho germano (que sí tuvo mucha influencia en el norte de Italia) que impregnaba de una manera especial la praxis judicial y la visión del derecho. Dentro de las prácticas germanas las peticiones de las partes eran consideradas como alegaciones de derecho, lo que era sometido a un riguroso sistema de pruebas legales, rituales y en muchos casos irracionales en su valoración¹¹⁶.

En el norte de Italia se desarrolló en la práctica, aún antes de los glosadores, un procedimiento dentro de los tribunales seculares asentado sobre las bases germánicas de los longobardos y fuertemente influenciado por el *Corpus iuris civilis*¹¹⁷. La influencia germana en el proceso se manifiesta en la exigencia de que el actor manifieste su pretensión mediante fórmulas que exterioricen alegaciones de derecho¹¹⁸. Así por ejemplo Placentino sostenía la necesidad de la mención de la *actio*, o sea el derecho, como requisito de la petición que se deseaba hacer valer¹¹⁹. En su *Summa de Actionum varietatibus* (1160) el desarrollo que efectúa de la *actio* no se corresponde al significado y sentido clásico adjudicado, sino exclusivamente como continente de una manifestación o alegación de derecho equivalente a lo que la parte pretendía hacer valer (*ratio*) dentro de un proceso.

¹¹⁴ KOLLMAN, Andreas, cit. (n. 9), pp. 140 s.

¹¹⁵ KAUFMANN, Horst, cit. (n. 12), p. 142.

¹¹⁶ El principal elemento de origen germano-longobardo se manifestó en la necesidad de expresar el fundamento jurídico bajo la solemnidad de una fórmula: véase KROESCHELL, Kart, *Germanisches Recht als Forschungsproblem*, en *Festschrift für Hans Thieme* (Sigmaringen, 1986), pp. 3-19; ROGGE, Kart August, *Über das Gerichtswesen der Germanen. Ein germanistischer Versuch* (Halle, 1820), pp. 4-24.

¹¹⁷ BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Berlin, 1928, reimpresión 1958), II, p. 509.

¹¹⁸ SCHMIDT, Richard, *Die Klagänderung* (Leipzig, 1888), pp. 19, 31-32.

¹¹⁹ KAUFMANN, Horst, cit. (n. 8), p. 485.

Asumía así una naturaleza netamente procesal¹²⁰. La petición efectuada por la parte era de carácter procesal (*intentio/petitio*) la que contenía una alegación de derecho que le daba su razón de ser (*actio/ratio*). Sostuvo así la idea de que no era necesario formular una demanda como *actio* en términos estrictos y rigurosos. Así el actor podía formular su demanda en términos generales¹²¹.

Paralelo a este desarrollo en la práctica forense del norte de Italia se incorporó la exigencia a partir del año 1130, de que dicha alegación sea efectuada en forma escrita mediante un libelo. Ello representa una clara influencia del derecho romano y algo extraño al germano¹²². Fue recién a partir de la segunda mitad del siglo XII que se vincula la alegación de derecho de origen germano con lo mencionado en *Codex Iust.* 2, 1, 3, como *editio actionis*. Ello tuvo por consecuencia esencial el resurgimiento de las estructuras básicas del clásico proceso formulario del derecho romano¹²³. La obra de Bracton, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, escrita entre 1250 y 1256, por cierto con el mismo título de la de Ranulph de Glanviell, escrita 60 años antes (1187, editada por primera vez en Londres, en 1554), constituyen la primera base de sistematización científica, con base romanística del *Common Law*¹²⁴. Las dos obras están ligadas al fenómeno de la “recepción” del Derecho romano en Inglaterra, que comienza a producirse a mediados del siglo XII a través de Vacario. Ambas producciones fueron formalmente romanas pero con un contenido en lo sustancial netamente inglés o para Inglaterra¹²⁵.

2. Influencia del Derecho Romano-Canónico

Paralelo a este desarrollo del derecho procesal secular germano en el norte de Italia, el derecho canónico comienza a exigir a lo largo del siglo XII, un libelo de demanda. Sin embargo la praxis del derecho eclesiástico se negó a exigir la mención de la *actio* dentro del escrito. Muy probablemente se debió al rechazo del derecho material romano como base de juzgamiento que no era sino un temor del derecho canónico por verse obstaculizado en su desarrollo o desplazado por aquel. No tuvo en la conformación del sistema inglés mayor influencia en un sistema ya preexistente¹²⁶.

3. Comparación entre el sistema inglés (“writ-system”) y el Derecho romano clásico: vidas paralelas y no derivadas

Habiéndose desarrollado los principales puntos de la formación y desarrollo del sistema inglés y remitido a los puntos de contacto con el derecho romano clásico y en especial el derecho formulario, es que conviene ahora precisar las

¹²⁰ SCHMIDT, Richard, cit. (n. 118), p. 9.

¹²¹ KAUFMANN, Horst, cit. (n. 8), p. 484; SCHMIDT, Richard, cit. (n. 118), p. 23.

¹²² ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl Heinz - GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht* (München, 2005), § 4 III.

¹²³ KOLLMAN, Andreas, cit. (n. 9), p. 273; SCHMIDT, Richard, cit. (n. 118), p. 42.

¹²⁴ PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), p. 84.

¹²⁵ PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), p. 85.

¹²⁶ SCHMIDT, Richard, cit. (n. 118), p. 52; y véase más arriba IV.

coincidencias y diferencias.

a) En el derecho romano clásico el pretor mediante el otorgamiento de la tutela de derechos por acciones (*actio*) creaba derecho. La *actio* por sí misma contenía un presupuesto de hecho material que por sí mismo no era derecho material. El ordenamiento jurídico estaba conformado por un ordenamiento de acciones. De manera similar en el sistema inglés del siglo XII el *Chancellor* en la elaboración y creación de un *writ* para determinados casos debía hacer una descripción de los hechos que servían de fundamento material para el éxito de la demanda. El *writ* por sí mismo no era sino una manifestación procesal, consecuentemente el surgimiento del sistema jurídico del *Common Law* no era sino un ordenamiento de *writs*¹²⁷. Tanto la *actio* como el *writ* eran institutos de naturaleza y manifestación netamente procesal cuya correcta elección implica a la consecuente acogida o no de la tutela del derecho que se invocaba¹²⁸.

b) Así como las distintas *acciones* se integraban en un catálogo ordenado (*album*), ello se corresponden en el derecho inglés con el *Register of writs*. Una vez escogida la correspondiente *actio* o impetraba el adecuado *writ* implicaba respectivamente que, el pretor iniciaba formalmente el procedimiento *in iure* otorgando esa virtualidad a la acción incoada (*actionem dare*), a pari el *Chancellor* dando el correspondiente *writ* era una orden escrita destinada hacia el tribunal competente. En ambos casos no puede sostenerse que haya existido una pretensión del actor contra el *praetor* o el *Chancellor* para el otorgamiento correspondiente de la *actio* o del *writ*, y así poder iniciar formalmente el proceso. Luego de la consolidación de los *writs* aquello que habían sido reconocidos podían ser denegados y además se podían crear nuevos. Debe recordarse además que a partir de 1295 ya no fue necesaria la participación del parlamento y se podían incluso modificar aquellos *writs* reconocidos¹²⁹. Las diferencias entre ambos es en algunos puntos bastante evidente.

c) Mientras en el proceso formulario clásico para garantizar una *actio*, el pretor debía decidir otorgando razón al demandante con base en la *formula* y al demandado en su caso mediante la *exceptio*, el *writ* se otorgaba bastando las alegaciones que haya efectuado el demandante¹³⁰. De esta manera no existe correspondencia entre el concepto de *formula* (que suponía una primera audiencia con el pretor) y el *writ*¹³¹.

d) Así y con estos paralelos que permiten fijar coincidencias y diferencias puede sostenerse con corrección que, tanto en el ordenamiento jurídico inglés como en el derecho romano clásico la relación entre derecho material y formal era evidente e inescindible. En ambos es posible sostener que la unidad procesal-sustantiva era la base sobre la que se estructuraban. El ordenamiento jurídico

¹²⁷ PRINGSHEIM, Fritz, cit. (n. 30), p. 84.

¹²⁸ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 54.

¹²⁹ WOLFF, Hanns Julios, cit. (n. 110), p. 423.

¹³⁰ MAITLAND, Frederic W., cit. (n. 12), p. 104.

¹³¹ RICHARDSON, Henry G., *Studies in Bracton*, en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History Thought and Religion* (Londres, 1948), IV, p. 73.

material era organizado y concebido sobre la base de los mecanismos de tutela de derechos que para su resguardo la autoridad creaba o reconocía. El desconocimiento de una *actio* o *writ* implicaba la denegación de tutela por parte del órgano que desempeñaba función jurisdiccional, implicaba el desconocimiento del derecho que se invocaba¹³².

e) Ello fue combinado con la organización de fórmulas receptadas algunas del derecho romano mediante los *editio actionis*. De esta manera el demandante hacía valer su pretensión consistente en alegaciones de derecho mediante un escrito de demanda, lo que condujo en la práctica a una similitud en las formas y requisitos del libelo (influencia romana) que contenía unas alegaciones y petición de derecho (elemento germano). El sistema de fórmulas germano-teutonas con su sistema de prueba formal era conocido por los anglosajones y fue el aplicado por los operadores jurídicos en Inglaterra¹³³.

f) Un desarrollo muy posterior en el norte de Italia dio lugar al surgimiento de la nueva concepción del derecho mediante el sistema de las acciones que en realidad poco influyó en el sistema inglés. Cronológicamente el sistema inglés ya a partir de mediados del siglo XII se había conformado con los *writs*. Paulatinamente el sistema de la prueba formal fue influenciado por el de la prueba sustantiva que precisaba de una exacta descripción de los hechos, lo que fue incorporado dentro del sistema inglés, adquiriendo la alegación de hechos un rol preponderante. La exacta descripción de los supuestos fácticos invocados por el actor fue incorporada en el sistema inglés a lo largo del tiempo bajo la figura ya existente de alegaciones procesales de derecho¹³⁴. Ello se plasmó de la siguiente manera: en un *writ* no era imprescindible la correcta descripción jurídica de la pretensión, sino que la exacta descripción de los hechos se consideró una alegación de derecho cuya correspondencia con el *writ* escogido tenía por consecuencia la aceptación o rechazo de la demanda¹³⁵. La exigencia de los *editio actionis* de una expresa y precisa descripción de la pretensión que se hacía valer en el escrito de demanda no tuvo la importancia que se le dio en el derecho romano-italico. Si bien los *writs*, como orden, debían contener la exacta descripción de los hechos no era requisito el adicional *edictio actionis* como sí lo era en el norte de Italia. De allí que no resulta sorprendente que para Glanviell el concepto de *editio actionis* aun cuando era conocido no revistiera ningún rol¹³⁶.

De lo antes desarrollado pueden enunciarse las siguientes conclusiones: en primer lugar los elementos esenciales del sistema inglés de los *writs* existían ya en Inglaterra antes del siglo XII; en segundo lugar, su desarrollo fue paralelo e independiente de las elaboraciones doctrinarias del norte de Italia que dieron fundamento al sistema de derecho por acciones que surgió en la segunda mitad del siglo XII; en tercer lugar, es recién luego que pudo haber tenido alguna influencia

¹³² PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 54.

¹³³ KOLLMAN, Andreas, cit. (n. 9), pp. 142-143.

¹³⁴ KOLLMAN, Andreas, cit. (n. 9), p. 142.

¹³⁵ PETER, Hans, cit. (n. 8), p. 47.

¹³⁶ KAUFMANN, Horst, cit. (n. 8), p. 485.

mediata para la sistematización del sistema inglés; en cuarto lugar, aun cuando la praxis del derecho germano existente en el norte de Italia, llegó a conocerse en Inglaterra, aquel no tuvo un rol importante en Inglaterra.

El antiguo “writ-system” medieval remite en forma superficial a la esencia del sistema por acciones del derecho romano clásico. La influencia de éste último, con algunas contadas excepciones no puede ser claramente demostrada¹³⁷, al menos en relación al surgimiento y desarrollo inicial del sistema de los *writs*.¹³⁸ Igualmente el procedimiento seguido por ante los tribunales del *Common Law* no tuvo prácticamente ninguna influencia decisiva del derecho procesal romano-canónico. Este fue aplicado por la *Court of Admiralty* e influyó al *Common Law* sólo indirectamente. Sí pueden encontrarse una serie de paralelos, que permiten inferir cierta influencia del proceso romano-canónico, entre éste y el proceso de *Equity*. El *bill of complaint* y el libelo de demanda funcionan en ambos sistemas de la misma manera: contienen alegación de la controversia en base a los hechos que servirán luego de fundamento para la sentencia de mérito. En ambos casos para acceder a la etapa probatoria se exigía la oposición del demandado respecto a las alegaciones del actor¹³⁹. Esto en forma contraria en el sistema existente en el proceso del *Common Law*, donde las partes debían arribar a un acuerdo sobre los puntos contradictorios.

La alegaciones contradictorias de las partes ante la *Chancery* que permitían determinar los puntos relevantes de prueba es posible encontrarlas también en el proceso romano-canónico¹⁴⁰. Incluso las reformas posteriores del proceso de *Equity* en la edad moderna tienen raíces en el proceso romano-canónico. Los *interrogatories* se asemejan a las *posiciones* del proceso romano-canónico. En ambos casos se hacía referencia a puntos concretos respecto de los cuales la contraparte debía responder en forma concreta. Finalmente en ambos sistemas regía el principio de la escrituralidad. *Bill of complaint* y *answer* debían ser escritos de la misma forma que lo ve en el proceso romano-canónico el libelo de demanda y de *excepciones*.¹⁴¹

La causa fundamental de la influencia del proceso romano-canónico sobre el proceso de *Equity* se manifestó en el hecho de que la mayoría de los Chancellors hasta el siglo XVI recibieron la formación por parte de clérigos sobre el derecho romano-canónico¹⁴². Una clara manifestación de eso es que los Chancellors

¹³⁷ KAUFMANN, Horst, cit. (n. 12), p. 150.

¹³⁸ PETER, Hans, cit. (n. 8), passim. BROGGINI, Gerardo, recensión a *Hans Peter: Actio und writ*, en *ZSS. rom. Abt.* 75 (1958), pp. 441 ss.; STEIN, Peter, recensión a *Hans Peter: Actio und writ*, en *SDHI.* 24 (1958), pp. 335 ss.

¹³⁹ NÖRR, Knut Wolfgang, *Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und “Schriftlichkeit”*, en *ZZP.* 85 (1972), pp. 160 ss.

¹⁴⁰ ENDEMANN, Wilhelm, *Das Civilprozeßverfahren nach der kanonistischen Lehre*, en *ZfdZ.* 15 (1891), pp. 177 ss.; LANGDELL, Christopher C., cit. (n. 99), pp. 753, 771.

¹⁴¹ BIERESBORN, Dirk, *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozeß* (Frankfurt am Main, 1999), p. 497.

¹⁴² BAKER, John H., cit. (n. 48), p. 114.

ejercerían su poder jurisdiccional como “*judges of reason and conscience*”¹⁴³ lo que implicaba estar sometido a principios totalmente diferentes de los existentes en el *Common Law*. Sin embargo, la jurisprudencia de equidad asumió sólo un carácter de complemento a la del *Common Law* siendo necesariamente influenciada a lo largo del tiempo por principios, conceptos y estructuras formales propias del *Common Law*¹⁴⁴. Es por ello que incluso con este antecedente del procedimiento de equidad no es posible hablar de una recepción del proceso romano-canónico, siendo que el procedimiento del *Common Law* terminó opacando y finalmente influenciando a aquel en Inglaterra¹⁴⁵.

VI. CONCLUSIONES

Hasta donde se conoce, en el período de los anglosajones no es posible demarcar la existencia de un proceso civil en Inglaterra, sino más bien de un sistema jurídico donde las pretensiones privadas (no diferenciadas de las penales) se efectivizaban haciéndolas valer atribuyendo responsabilidad al demandado poniendo en él la carga de la prueba. El procedimiento era extremadamente formalista y el detalle del uso de determinados términos en forma exacta determinada que se ganara o perdiera un proceso. La dependencia de las formas, en alguno casos como en la prueba, perfectamente tasadas y preestablecidas en su valor con criterios no racionales, sino ritualísticos, sujetaban al derecho invocado en definitiva a su suerte procedimental.

Es a partir del siglo XIII que se desarrolla en Inglaterra con el procedimiento de los *writ* una nueva visión del sistema jurídico: el derecho como un sistema procesal conformado por las distintas fórmulas que permitían solicitar la tutela jurisdiccional de los derechos. Si existía el correspondiente *writ* para el resguardo de un derecho, éste recibía tutela jurisdiccional (“*no writ, no right*”). La correcta elección del *writ* tenía íntima vinculación con los presupuestos materiales y procesales de las pretensiones. En efecto el derecho material era impensable y mucho menos conceptualmente separable del derecho procesal. Mucho más aún, éste último era el presupuesto para la existencia del primero. Las consecuencias negativas del formalismo riguroso de los *writs* no tardaron en manifestarse. La producción, reproducción y modificación de los distintos *writs* a los efectos de contemplar distintas situaciones en las cuales se requería la protección judicial no logró impedir el surgimiento de lagunas. De esta forma había muchos supuestos de hecho respecto de los cuales o no existía el respectivo *writ*, o el que más se asemejaba terminaba por ser desechado. Este fenómeno del excesivo de formalismo en la exigencia de los *writs* en las cortes del *Common Law* da lugar al surgimiento del procedimiento fundado en equidad (*Equity*).

Si bien es llamativa la similitud con la actividad cada vez más flexible del

¹⁴³ COING, Helmut, *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law*, en *LQR*, 71 (1955), pp. 223 ss

¹⁴⁴ BIERESBORN, Dirk, cit. (n. 141), p. 499.

¹⁴⁵ Siendo admisible hablar de una recepción indirecta del derecho romano canónico en el derecho procesal, así COING, Helmut, cit. (n. 157), p. 231.

pretor en Roma para otorgar otros medios de tutela de derechos diferentes de una *actio* como podía ser un interdicto. Con el sistema de equidad no sólo se flexibiliza el mecanismo de acceso a la tutela judicial, sino que además se desarrollan reglas procesales que tienden precisamente a superar el ritualismo en el cual había caído el *Common Law*. Ambos coexistieron pero siempre tuvo mayor importancia y aplicación personal y material el sistema del *Common Law*. El procedimiento de equidad no tardó mucho tiempo en integrarse también de rigidez y formalismo. Ambos no fueron codificados, se fundaron en la costumbre, práctica tribunalicia y en el sistema del precedente. La influencia del derecho romano-italico y romano-canónico no fue solo mediata sino cronológicamente posterior al surgimiento de un sistema ya consolidado. Las similitudes de la *actio-formulae* con el *right-writ* son varias, pero con una independencia y falta de interdependencia que permiten con corrección describir en realidad institutos paralelos similares y no derivados.

[Recibido el 16 y aprobado el 23 de junio de 2007].