

COOPER, II. H. A. Diez ensayos sobre el "*Common Law*".
Héctor Cuadra

129

en la hora presente, de ciertas normas y prácticas ancestrales en núcleos indígenas que aún pueblan la República. Se señala, empero, la nula o por lo menos dudosa influencia que el Derecho precortesiano tuvo sobre el colonial y sobre el de México independiente. Tal es el juicio de Miguel S. Macedo, e igual, o acaso más definitivo es el parecer de Carrancá, quien en el *Derecho Penal Mexicano* (p. 76) escribió: "El Derecho Penal precortesiano ha sido de nula influencia en el colonial y en el vigente. Su estudio pertenece a la arqueología criminal."

Se informa acerca del estado social de los pueblos del Anáhuac, con especial referencia a extremos del Derecho privado, el penal y el enjuiciamiento. Mención aparte, por el escaso conocimiento que de él se tiene, merece un texto que Carrancá y Trujillo estima "un Código Penal, el primero en México, destinado a los indios": el mandamiento emitido el 30 de junio de 1546 para que "los indios se aparten y quiten de hacer y cometer algunos delitos y excesos y se les dé a entender en qué casos y cosas los hacen y cometen en ofensa de Dios Nuestro Señor".

Es importante observar, en comprobación de la supervivencia mencionada líneas arriba, que en este mandamiento, dictado cinco lustros después de la caída de Tenochtitlán en poder de los conquistadores, no sólo se reprimen aquellos delitos que con calificativo positivista podríamos llamar naturales, contra la piedad y contra la probidad, sino también otros que se refieren, precisamente, a conductas relacionadas con las antiguas prácticas indígenas: adoración y ofrendas paganas, hechicería, antropofagia, ostentación de viejos símbolos e insignias, etcétera, sin perjuicio de sancionar también la resistencia del aborigen a adoptar las nuevas costumbres: abstención de concurrir a misa, de confesar los pecados, de arrodillarse al ángelus o al pasar ante el sujeto la cruz o una imagen.

Por lo que hace a la pertinencia de dictar leyes tutelares del indio, considerado como semiincapaz (se pone mayor énfasis en la incapacidad que en la capacidad), Carrancá y Trujillo considera que la legislación protectora lejos de incorporar al indio a los tiempos modernos lo conserva en real inferioridad. La solución por la que se opta es confiar en el arbitrio judicial para la imposición de sanciones—dado que se está hablando de materia penal—en vista de la condición del sujeto.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

COOPER, H. H. A. *Diez ensayos sobre el "Common Law"*. "Editorial Univer-
so", 1967, 240 pp. Lima, Perú.

El presente libro, colección de ensayos sobre el *Common Law*, ha sido el producto de la experiencia adquirida durante dos años y medio como catedrático visitante en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú, por el profesor inglés H. H. A. Cooper. Este libro tiene la importancia de haber sido escrito en español para estudiosos de habla española, por un jurista inglés, empleando términos familiares para nuestros estudiosos y con conocimiento de la realidad legal en un país iberoamericano, el Perú. A pesar del creciente interés que constató entre abogados, juristas y profesores latinoame-

ricanos, el profesor Cooper encontró que existían muchos falsos conceptos de la naturaleza del sistema del *Common Law* y que han ciertamente influido en las apreciaciones de su utilidad como disciplina para juristas de otros sistemas diferentes. El presente libro tiene, según las declaraciones de su autor, dos finalidades: la primera, corregir algunas de esas falsas impresiones acerca del *Common Law*; la segunda, estimular el interés en estudios más profundos entre los juristas iberoamericanos de las mismas materias. Esas finalidades dictaron, por otra parte, la selección de los estudios.

El autor conservó el término inglés de *Common Law*, convencido —como lo había ya señalado el jurista mexicano Oscar Rabasa— que dicho término es verdaderamente intraducible. Y utilizó, según la mejor práctica moderna, igualmente expresiones técnicas del léxico jurídico inglés en los casos en que una traducción literal no hubiera captado precisamente el sentido de las palabras o donde no existe equivalente identificado estrechamente con el término original. En tales casos, al dejar en su forma inglesa la expresión técnica, se proporcionaron al lector las explicaciones necesarias para permitirle la identificación apropiada con el término o institución semejante en nuestros propios sistemas.

Esta colección de ensayos no constituyen propiamente un curso sobre el *Common Law*. Representa más bien la tentativa de captar algo del espíritu del sistema inglés. Cada uno de los temas fue elegido porque enseña algo fundamental del sistema, sin el cual lo demás sería menos entendible.

El primer ensayo trata del *Common Law* en sus diversas significaciones. Tal explicación resulta fundamental si se tiene en cuenta que tales términos se emplean en la literatura jurídica inglesa en tantos sentidos distintos que, sin una advertencia de dicha índole, la confusión y los malos entendimientos surgirían inevitablemente. Cada uno de esos diferentes significados dados al término *Common Law* tiene su explicación y su propósito, por eso aquel que llega a preguntarse automáticamente ¿qué significa *Common Law* en esta oración? está ya bien preparado para explorar con toda confianza los secretos más íntimos del régimen jurídico inglés.

La materia del segundo ensayo “La jurisprudencia inglesa” es fuente de más equivocaciones aún. Muchos juristas ajenos al sistema del *Common Law* tienen la impresión de que el sistema es nada más que el derecho de los casos, el *case law* o jurisprudencia. Habiendo aclarado ya el autor en el primer ensayo la verdadera relativa importancia de los casos en el sistema entero y revelado algo de la técnica especial que distingue el sistema del *Common Law* en su empleo de la jurisprudencia como fuente de derecho, este ensayo es de suma importancia y merece atención especial de quien quiera dominar el “misterio” del *Common Law*.

El tercer ensayo se dedica a una descripción de la abogacía inglesa. ¿Habrá que repetir que el hombre crea la ley? Mas en el sistema inglés ese hombre es el abogado, o más bien, el abogado en ejercicio. Mucho de lo distintivo en el derecho inglés se debe a la importancia del abogado de carrera, hecho que debe compararse con el respeto acordado al jurista o académico bajo otros sistemas. El carácter esencial de la profesión inglesa no se encuentra simplemente en el hecho de su división en dos ramas, porque otros países de *Civil Law* comparten tal distinción —Italia, entre otros. Hay que buscar las razones de su predominio en la historia y esta búsqueda revelará mucho

del dinamismo y naturaleza del *Common Law*. Toda la organización de la Orden, con los *barristers* y los *solicitors* es destacada con sus características propias por el profesor Cooper.

“El juez en el sistema del *Common Law*” es el cuarto ensayo. No sería exagerado decir que el juez es la ley bajo el régimen inglés. Esta afirmación, sin embargo, podría dar la impresión de que los jueces son caprichosos o superiores al derecho. Esta impresión sería una impresión superficial. El juez inglés es, como el abogado, el servidor del derecho, aunque un servidor superior. Es protector de los derechos y dispensador de la justicia. Tiene grandes poderes y responsabilidades proporcionales a aquéllos. Una vez entendido lo que es el carácter del juez inglés se habrá aproximado a la esencia del *Common Law*.

La enseñanza del derecho en Inglaterra es tratada en el quinto ensayo del libro que reseñamos. La relación del sistema de educación jurídica revela mucho del carácter esencial del *Common Law* y de las personas que integran sus instituciones. Esta parte del libro permite hacer una comparación al lector con su propio sistema, para apreciar cómo es que el régimen educativo inglés ha contribuido a la formación profesional del abogado que, a su vez, ha dejado su huella impresa en su sistema jurídico. Para mencionar tan sólo una de las grandes peculiaridades del sistema inglés, debemos decir que toda consideración de la educación jurídica en Inglaterra tiene que partir del hecho singular de que las Universidades no tienen y nunca han tenido responsabilidad en la formación profesional del abogado. El hecho más sorprendente para aquellos que han recibido sus títulos en otros sistemas educativos es que uno puede recibirse de profesional del derecho sin haber sido, previamente, universitario. Este fenómeno ha tenido un efecto importante en la formación, no solamente de la profesión inglesa, sino de la ley misma. Desde luego que acalorados debates sobre los méritos de una educación universitaria no han dejado de existir pero sin ninguna resolución.

Después de esta serie de ensayos sobre los diversos aspectos mencionados, el autor, teniendo en cuenta siempre los mismos criterios, seleccionó para dar un bosquejo al derecho sustantivo, dos temas constitucionales. El primero, más que cualquier otro aspecto del derecho constitucional inglés, revela la esencia del sistema. El ensayo en cuestión se refiere a las “garantías constitucionales en Inglaterra”, alrededor de las cuales ha crecido en este siglo gran parte del derecho administrativo inglés. Estos recursos demuestran con claridad el papel de los jueces y su relación con los otros poderes del Estado. El segundo artículo complementario ha tratado de “la legislación delegada”. La cantidad de esta reglamentación sorprenderá a aquellos que todavía imaginan que el sistema inglés del *Common Law* es algo no escrito, que existe solamente en los vagos pronunciamientos de los jueces. El recurso del *habeas corpus* —supremo recurso para proteger la libertad del individuo—, la orden de *certiorari*, la orden de *prohibition*, recursos todos ellos que tienen sus raíces en los mandamientos originales del *Common Law*; los antiguos *writs*, la orden de *injunctio*, el recurso de la *declaration* (que tienen su origen en la *Equity*) muestran palmariamente que, pese a la ausencia de una “Carta Constitucional”, las libertades básicas, los llamados “derechos humanos”, de todos los que se encuentran bajo la jurisdicción de las cortes inglesas, son bien protegidos. El poder judicial mantiene, sin temor, su independencia y es

celoso guardián de los derechos del ciudadano, especialmente en caso de conflictos con los demás órganos del Estado. Es un gran principio del *Common Law* el que ningún perjuicio debe carecer de su remedio o recurso. Y tan flexible es el sistema del *Common Law* en que predominan las resoluciones de las cortes, que los recursos de la antigüedad se han adaptado ampliamente a nuevas situaciones.

El gran juez e historiador del derecho penal del *Common Law* Sir James Fitzjames Stephen, opinó que “La verdad es que la máxima tocante a *mens rea* no significa sino que la definición de todos o casi todos los crímenes contiene no solamente un elemento externo y visible, sino un elemento mental que varía según la distinta naturaleza de los diferentes crímenes.” Esta exposición general de Stephen sobre la *mens rea* ha sido criticada, pero sus observaciones en sí son inobjetables. La *mens rea* es una cualidad mental que trasciende los estrechos límites de los tipos penales; es el elemento básico que unifica el sistema penal inglés entero. Como la doctrina de la *mens rea* puede parecerse foránea y sospechosa, así para los ingleses resulta la del dolo y la culpa. Sin embargo, sin una comprensión cabal de la doctrina de la *mens rea*, no es posible el conocimiento adecuado del derecho penal del *Common Law*. En el derecho penal inglés nada ejemplifica más los pensamientos de los sabios del *Common Law*, que la doctrina de la *mens rea*. Este principio representa algo tan fundamental que ninguna discusión de culpabilidad, imputabilidad, etcétera, tiene relevancia sin el conocimiento de su significación y alcance, de ahí que nuestro autor consagre un ensayo completo sobre la *mens rea*.

El derecho referente a los actos ilícitos también, por su fluidez, es muy inglés. No hay un solo principio unificador, aunque la tendencia de la ley ha sido la subsunción de la responsabilidad bajo un régimen esencialmente homogéneo. La acción de *negligence*, la gran creación de los jueces en la época moderna, se ha acercado a lo ideal. Nos enseña mucho de la función judicial y, también, algo de la filosofía del derecho que determina la política de la ley. El principio de la “previsión” o *foreseeability* ha venido a ser lo que gobierna la determinación de la responsabilidad y los jueces, mediante una apreciación subjetiva, han dictado normas objetivas que ellos imaginan reflejan la conciencia social de su época. Todo ello se analiza en el penúltimo de los ensayos de esta colección, referido al *tort* o acto ilícito de la *negligence*. Toda la problemática de la responsabilidad extracontractual está presente en estas disquisiciones.

El último ensayo se refiere al error en el derecho contractual. Comparado con las otras ramas del sistema jurídico inglés, la parte que se ocupa de los contratos es de menor antigüedad y, probablemente por ello mismo, la del error una de las materias más difíciles dentro de la Ley de los Contratos. Este ensayo enseña algo de la manera en que la ley se adapta a los cambios sociales para reflejar con mayor exactitud el espíritu de justicia sobre el que debe descansar. El gran juez Oliver Wendell Holmes Jr., escribió en una frase muy citada “la vida de la ley no ha sido la lógica, ha sido la experiencia” y esto ha sido particularmente cierto en el caso del *Common Law*, sistema impregnado de empirismo, pero con una sorprendente vitalidad. Y podríamos concluir, como concluye el último ensayo y el libro mismo, con la penetrante observación del maestro Maitland: “Sobre la elegancia jurídica

no nos enorgullecemos —los ingleses—, pero sabemos bien cómo mantener seguro el techo contra los elementos.”

Es indudablemente este libro del profesor Cooper, *Diez Ensayos sobre el Common Law*, una lectura obligada para todos aquellos estudiosos del derecho inglés, por estar intencionadamente dirigido a ellos y, en general, para todos los cultivadores del Derecho Comparado, porque es un excelente ejemplo del enfoque que debe darse a todo estudio de derecho extranjero con fines comparativos.

Héctor CUADRA

DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR OSTEUROPÄKUNDE OSTEUROPA RECHT. (XII, 3, septiembre, 1966) ‘Deutsche Verlagsanstalt’, Stuttgart, Alemania, pp. 157-228.

El presente cuaderno comienza por un artículo de André Garnefsky, *Los principios del Derecho Búlgaro de comercio exterior* (pp. 157-170). Este derecho surgió en varias etapas, comenzando en 1944, cuando el país entró en el ambiente soviético, pasando por la Constitución de 1947 (que otorga, en términos vagos, una base para que el Estado intervenga profundamente en el comercio; véase art. 13), procediéndose luego a la expropiación de las empresas privadas que se dedicaban al comercio exterior, hasta llegar a la monopolización del comercio con el extranjero, en manos del Estado (1951). La Ley sobre Empresas Estatales de 1960 y el Decreto sobre las Facultades y Obligaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, completan este desarrollo.

A grandes rasgos, el sistema búlgaro se corresponde con el soviético, inclusive en su sistema de Delegaciones Comerciales, organismos estatales que celebran los contratos de comercio exterior. Como en caso del modelo soviético, estas Delegaciones reclaman inmunidad en caso de ser demandadas (o reconvenidas).

El autor trata en forma especial de los contratos celebrados por estas Delegaciones, en cuanto a: 1) la autonomía de las partes (cuyo estrecho margen quedó reducido aún más por el Convenio de 1958 para Unificar las Reglas para el Suministro de Mercancías dentro del Comecón) y 2) la designación contractual o determinación judicial del sistema legal aplicable (en caso de designación de un sistema extranjero, el argumento del “orden público”, constituye de todos modos, un baluarte contra la penetración de gran cantidad de normas y principios extranjeros).

Luego el autor describe la Comisión Permanente de Arbitraje, que desde 1952 funciona en Sofía, y las limitaciones existentes en cuanto a la designación convencional de una comisión de arbitraje (dentro del sistema del Comecón, controversias sobre el comercio exterior no son de la competencia de los tribunales ordinarios, pero existen reglas que hacen imposible la sumisión del caso a árbitros de fuera del bloque comunista, en caso de conflictos surgidos entre miembros del Comecón).

El próximo artículo, por Samuel Kuchero, *The jury of Tsarist Russia and the People's Assessors of the Soviet Union Compared* (pp. 171-195), comienza por una introducción general sobre el origen del jurado popular en el mundo anglosajón y su traslado al Continente. Luego, el autor describe la