

BIBLIOGRAFIA

JOLOWICZ, J. A. y LEWIS, T. E. *Winfield on Tort*
Lucio Cabrera A.

696

sentantes de los diversos cuerpos sociales y que mantengan estrecha relación con la autoridad judicial llamada a sumir, cada vez más, la función de árbitro.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

JOLOWICZ, J. A. y LEWIS, T. Ellis. *Winfield on Tort*. London Sweet & Maxwell, 1967, Eighth Edition, 819 pp.

El importante libro del profesor Winfield —publicado por primera vez en 1937— sobre lo que llamaríamos “responsabilidad extracontractual”, y que será explicada posteriormente, denominada en el derecho inglés *tort*, es no solamente fundamental sino clásico sobre esta materia y ha tenido varias ediciones desde entonces. A partir de la quinta otros autores se encargaron de editar esta obra, y la presente edición que se comenta, que es la octava, fue preparada por los profesores Jolowicz y Lewis, el primero de los cuales ha estado en México en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, perteneciendo ambos a la excelente Universidad de Cambridge, Inglaterra.

La palabra *tort*, en el derecho inglés, desde luego que no equivale exactamente a lo que denominamos “responsabilidad extracontractual” o “cuasicontractual”. Aun los autores precisan que en el mismo derecho inglés la responsabilidad por *tort* determina daños y perjuicios por cantidad ilíquida, en tanto que en la “responsabilidad extra o cuasicontractual” el monto de los daños y perjuicios se puede precisar más claramente, en la medida en que el autor se enriqueció injustamente.

Como puede advertirse, la obra que se comenta entra de lleno en una rama muy importante del derecho inglés y que pertenece en lo esencial al derecho privado, más particularmente al derecho civil substantivo. Sin embargo, muchos aspectos del *tort* pertenecen al derecho público y en la misma obra hay un capítulo dedicado al perjuicio consistente en la interferencia ilegal por el uso o goce de la tierra por una persona, o de algún otro derecho relacionado con ella. Esta clase de perjuicio puede ser público o privado, aunque el perjuicio público constituye un crimen más que un *tort*. Los perjuicios públicos en el *common law* incluyen actividades diversas como comercio ilegal u ofensivo, tener en desorden una casa, vender comida o alimento en malas condiciones, obstruir la vía pública, etcétera. Como se advierte, el *tort* en el derecho inglés linda muchas veces entre el derecho público y el derecho privado.

Por otro lado, esta obra se distingue de otras semejantes del derecho continental en que no contiene solamente comentarios sobre aspectos de derecho substantivo, sino también de derecho procesal o adjetivo. Así por ejemplo, en el caso que comentábamos de los perjuicios, los autores mencionan después de la definición un aspecto histórico procesal, de tal suerte que desde el siglo XIII existían tres remedios procesales, *abatement*, *injunction* y *damages*. Pero en casi cada problema que presenta el *tort* y que es tratado con todo rigor lógico por los autores, se introduce el aspecto procesal de los medios de defensa o de recuperación, o sea, lo que llaman *remedies*.

Además, el método seguido no solamente sigue los lineamientos del sistema del *case law* del derecho anglosajón, sino que también sigue el tradicional

sistema histórico, al que son necesariamente adictos los juristas británicos. De esta manera, cada materia y cada capítulo contiene una referencia histórica. Por ejemplo, el relativo al abuso de los procedimientos legales, principia con una introducción histórica llena de elementos procesales y de resoluciones, hasta llegar a la conclusión de que un elemento esencial e histórico es el que se haya seguido el procedimiento de mala fe o con malicia.

Para comprender lo que es el *tort* los autores principian con una explicación diciendo que consiste en la recuperación o redistribución de aquellas pérdidas que necesariamente ocurren en nuestra sociedad. En todo grupo humano es frecuente que se causen daños de unos a otros, tales como lesiones a una persona, daño físico a una propiedad, daños a intereses financieros, perjuicio a la reputación de una persona, etcétera. Cuando un hombre sufre daños se inclina a buscar una forma legal de recuperarse o de arreglo. Normalmente, aunque con excepciones, el pago de dinero al ofendido es la compensación adecuada. Sin embargo, en toda sociedad sólo algunos actos que causan daño a alguna persona pueden ser protegidos legalmente o por vías procesales, pues otros son considerados simplemente en su aspecto moral. Precisamente, dicen los autores, a lo largo de la obra estarán explicando cuándo en el derecho inglés y bajo qué circunstancias los daños sufridos por una persona revisten un aspecto legal. Pero aún debe distinguirse la protección legal que se otorga a la víctima de un *tort* de la que se da a quien ha sido parte lesionada en un contrato o en un cuasicontrato o cuando ha sido violado el *trust*. Por eso es que siguiendo a Winfield, los autores explican su definición de *tort*, para distinguirlo de otra clase de responsabilidades, pertenecientes a otras materias.

La responsabilidad por *tort* deriva del rompimiento de una obligación establecida esencialmente por la ley, generalmente ante personas y lo cual se repara por una acción de daños por cantidad ilíquida. Un primer elemento es que el *tort* depende de la violación directa de la ley y no por obligaciones que derivan de un acuerdo de voluntades o convenio entre personas. Por ejemplo, el deber de no asaltar a alguien o de no entrar en una propiedad ajena depende de que así lo dice la ley y no de algún acuerdo de voluntades. Por esto es que se distingue claramente la responsabilidad del *tort* de la contractual. Esta última depende del contenido del contrato y de la voluntad de los pactantes, aunque en muchos casos dicho contenido contractual también está establecido por la ley. Un segundo elemento de la definición de *tort* es que la obligación de reparar el daño causado por la violación a la ley no es frente a una persona específica sino normalmente frente a una generalidad de personas o categoría de ellas. Existe por ejemplo el deber, en el *tort*, de devolver el dinero que se pagó erróneamente, pero por establecerlo así la ley y no por estipularlo un contrato o cuasicontrato. En tercer lugar existe el elemento, en la definición de *tort*, de que en éste no puede el actor precisar la cuantía de los daños a que tiene derecho, sino que el tribunal, bajo su discreción, puede fijarla. Se trata de una reclamación indeterminada de dinero que el juez debe precisar en su cuantía.

Por otro lado, debe distinguirse el *tort* de la responsabilidad criminal o resultante de un delito. El delito merece una sanción o castigo penal: la muerte, prisión o multa. Aunque los daños resultantes de un delito no son liquidables al igual que en el *tort*, el pago de esta cantidad de daños fijada

por el juez siempre es un agregado al castigo, en tanto que en el *tort* la reparación del daño se exige directamente y no en forma indirecta y como resultado secundario de la sanción penal.

El *tort* se distingue del rompimiento del *trust* en cuanto que este último, normalmente, puede dar las bases para determinar la cuantía de los daños. Si el fiduciario abusa de la confianza depositada en él, generalmente el beneficiario reclama una compensación que puede medir él mismo. Por lo tanto, existiría una reclamación líquida de dinero y no ilíquida como es característica del *trust*. Entra aquí también una distinción procesal histórica: el *tort* pertenece al *common law* y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, en tanto que el *trust* pertenece al derecho de equidad y a la División de Cancillería de la Suprema Corte.

La distinción entre responsabilidad contractual y *tort* se ha mencionado con anterioridad. Sin embargo, existen muchos casos en que la responsabilidad se confunde en ellos dos. Por ejemplo, un dentista que extrae un diente es responsable contractualmente si la extracción fue incorrecta; pero también es responsable de negligencia bajo el *tort*, ya que quien tiene capacidad profesional está obligado por la ley, independientemente de un acuerdo de voluntades, de tener un cierto nivel de capacidad profesional. En este caso, no puede haber una doble reclamación por el ofendido, pero puede haber una alternativa y escogerse la vía más adecuada.

Como los autores se apoyan en la definición de *tort* hecha por Winfield, son conscientes de que se la ha criticado de formal y que no indica la legalidad o ilegalidad dentro del *tort* de un hecho o acto determinado.

Sin embargo, los autores estiman que una definición material o substancial del *tort* es casi imposible y por ello en realidad ninguna persona, excepto un abogado profesional, puede decidir si el daño sufrido por la acción o abstención de su vecino está dentro del *tort* o cae en el campo contractual o de otra rama del derecho.

La responsabilidad por *tort* puede derivar de varias formas: a) como consecuencia legal del acto u omisión de una persona que está bajo el deber legal de actuar; o bien porque el acto u omisión de otra persona está en una relación subordinada, como de patrón y criado; b) la responsabilidad puede apoyarse en la falta, lo que requiere la intención o simple negligencia al causar el daño, y c) aunque el *tort* normalmente produce un daño a quien demanda, daño consecuencia de la conducta del demandado, en algunos casos tal daño no existe en forma material como por ejemplo al penetrar o atravesar una propiedad ajena, en que el propietario puede reclamar sin necesidad de probar el daño sufrido materialmente.

Esta obra, como puede advertirse, es un libro clásico del derecho inglés, que no solamente ilustra sobre una materia importantísima a los lectores y juristas de otros países, sino que ofrece un ejemplo de metodología diversa a la que se acostumbra en los tratados de derecho tradicionales de países como México. Esta metodología tiene un gran rigor lógico y sigue los lineamientos de análisis de conceptos, de definiciones, de precisión y explicación de los elementos de estas definiciones, y además de todo ello tiene —en nuestra opinión— el gran valor de añadir explicaciones históricas judiciales y no puramente antecedentes legislativos, con lo cual se enriquece muchísimo el estudio jurídico. Finalmente, también en nuestra opinión, consideramos

que debe unirse más el derecho procesal al derecho sustantivo, como se hace en esta obra, ya que no obstante la distinción entre ambos derechos y la autonomía del proceso, esta distinción no debe ser radical sino meramente de método. Creemos que en la práctica el derecho sustantivo debe unirse al procesal, estudiándose ambos conjuntamente en materias determinadas. Porque es claro que el estudioso del derecho, el abogado o el juez, al estudiar una materia legal, ven siempre y se interesan en la práctica no sólo por las explicaciones sustantivas sino también por las procesales.

LUCIO CABRERA A.

KUMMEROW, Gert. *Bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, segunda edición, Caracas, 1969, 524 pp.

En esta obra el profesor Kummerow se propone desarrollar los temas propios del programa del Segundo Curso de Derecho Civil según se explica en la Facultad de Derecho de la Universidad Central en Caracas, Venezuela. El autor reconoce que si bien por razones didácticas el tratamiento de los temas correspondientes a los bienes y a los derechos reales se lleva al cabo separándolo del estudio de la teoría de las obligaciones, de la explicación de los contratos y de las sucesiones, todos forman parte del derecho patrimonial del que no puede emprenderse el estudio de los derechos reales y de los bienes sino en íntima relación y mutua dependencia, con el derecho de sucesión, ya por causa de muerte (sucesiones) ya intervivos (contratos traslativos de dominio).

No obstante, el profesor Kummerow, en manera acertada, señala que esta labor de coordinación y de interdependencia entre las ramas del derecho civil, base de la unidad que debe presidir su estudio, queda encomendada al docente, quien en las explicaciones de cátedra ha de cuidar de poner en relieve esta unidad interna que ha constituido siempre la concepción modular del derecho civil.

Se inicia la obra con un desarrollo sobre el patrimonio en general. Pasa en seguida al estudio particularizado de lo que es objeto de los derechos patrimoniales, es decir, los bienes corpóreos o incorpóreos, muebles e inmuebles principales y accesorios, etcétera.

El capítulo v del trabajo del profesor Kummerow se dedica al estudio del derecho real como "núcleo fundamental de las instituciones jurídicas" y contiene un ensayo de clasificaciones de los derechos patrimoniales, que sigue la que propone el profesor Ginossar, que toma como punto de partida el concepto de obligación *propter rem*:

Ginossar redescubre una noción que por mucho tiempo permaneció latente en la doctrina tradicional . . . la idea de *pertenencia*, [que] en efecto, se haya inmersa en otros *derechos subjetivos* y, de modo singular en los *derechos de crédito*. La pertenencia en los derechos de crédito no se refleja en la suma de dinero sino en la acreencia. Una acreencia *es un bien* perteneciente al acreedor vinculado a su propio patrimonio, por efecto de un derecho de propiedad.