

Juan Javier del Granado y Felipe Westermeyer, *Common law y Equity: derroteros de la tradición jurídica de Occidente*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2024, 181 pp. + XXI [ISBN 978-607-30-8810-7 (libro electrónico)]

Un combativo prólogo del iushistoriador Itsván Szászdi León-Borja, de la Universidad de Valladolid, nos lleva a las puertas de este interesante volumen, que los autores han querido dedicar a la memoria del gran romanista chileno Alejandro Guzmán Brito, recientemente fallecido.

Antes de nada, es preciso mencionar una circunstancia singular: con excepción del capítulo primero (pp. 1-11), la obra que me dispongo a comentar parece ser básicamente la versión parcial al español de un libro anterior redactado en inglés y suscrito al alimón por Juan Javier del Granado y un especialista en *Law and Economics*¹. Los apartados II a VI del segundo capítulo de este libro en inglés se han convertido, de hecho, en los capítulos dos a seis de la obra actual en español. El contenido sigue siendo esencialmente el mismo, mientras que la traducción, a veces más mecánica o literal que correcta, ha propiciado algunos retoques de limitada importancia que afectan tanto al texto principal como a las notas al pie².

En el primer capítulo los autores expresan su convicción de que el sistema del *common law and equity* es menos original de lo que se suele afirmar. Ellos creen, en efecto, que tal sistema se inscribe de lleno en la tradición jurídica de Occidente y que, aparte la mayor influencia recibida del derecho romano vulgar, el derecho canónico y el derecho feudal, su diferencia frente a los derechos que integran la familia romano-germánica se debe principalmente a la distinta forma en que interactúan unos mismos componentes³. Metodológicamente, la confirmación de esta tesis descansa en una combinación de comparación jurídica, historia del derecho y análisis económico del derecho. La dificultad que entraña el déficit de sistematización y elaboración dogmática del *common law*⁴, como resultado de su textura judicial, se afronta mediante una “cartografía jurídica novedosa” que clasifica las instituciones de ese sistema jurídico en “derechos sobre las cosas”, “deberes a las personas” e “instituciones jurídicas que apoyan a los mercados”⁵. La exploración detallada de los elementos de esta cartografía se lleva a cabo en los capítulos segundo, tercero y cuarto. El capítulo quinto versa sobre el

¹ Del Granado, J.J. y Bull, J., *Via utriusque iuris oeconomice conspecta. Mechanism Design, Path dependence and Law*, México, 2021. Este libro consta de tres capítulos: *The genius of the Roman law*, *The exceptionalism of the Common Law* y *The province of the rule of law*.

² Aparte de algún párrafo nuevo, lo más significativo es quizá la modificación y la supresión de unas notas y el añadido de otras de carácter fundamentalmente explicativo y destinadas *prima facie* al lector no versado en el *common law* ni en historia del derecho.

³ Escriben los autores: “... en nuestra opinión, el derecho común y la equidad –*common law and equity*– surgieron a partir de las mismas instituciones y sistemas jurídicos que el derecho continental, pero éstos han interactuado entre sí de manera distinta y configuran una mezcla distinta a partir de los mismos elementos que configuraron el sistema romano-germánico” (p. 4). “Este sistema jurídico no tiene nada de excepcional: es un sistema de derecho privado para nada ajeno a las demás familias jurídicas europeas. (...) es simplemente una mezcla diferente de los mismos elementos que son intrínsecos al derecho europeo, ya sea en Inglaterra o el continente” (p. 159).

⁴ Usaré regularmente la denominación *common law* por razones de economía y comodidad.

⁵ “Deberes a las personas” es discutible traducción del giro “duties owed to persons” empleado por Del Granado y Bull en *Via utriusque iuris*, cit.

procedimiento civil y el sexto, con sólo tres páginas, viene a desempeñar el papel de las conclusiones.

El uso habitual del término *ownership* oculta la complejidad de los *property rights* o derechos sobre las cosas en el sistema del *common law*. En sentido estricto, la propiedad o dominio civil no existe en este sistema, sino un confuso entramado de figuras y situaciones de origen feudal –con la soberanía sobre la tierra de la Corona (el Estado) y la tenencia o *seisin* anglo-normanda en el centro de todo– que rebaja el régimen jurídico de los inmuebles al rango de una “segunda mejor solución”⁶; herencia feudal es asimismo la división de los *property rights* en los sistemas distintos e independientes de la *real property* y la *personal property*, relativos respectivamente a los bienes inmuebles y muebles. Del rico contenido de este capítulo (por cierto, el segundo), el estrecho marco de una reseña sólo permite rescatar algunos de los puntos que más han atraído la atención del recensor. Ante todo, las consecuencias nefastas de la pervivencia del feudalismo en el régimen de la *real property*: el debilitamiento de la diferencia entre los derechos sobre las cosas y los “deberes a las personas” –mejor: deberes *hacia* o *para con* las personas–, dada la posibilidad de someter la tenencia de las cosas a condición (resolutoria) y de pactar sobre ella: *defeasible fees*, *equitable servitudes*, *restrictive covenants*; la necesidad para los adquirentes de inmuebles de contratar seguros “de título” ante la inseguridad causada por el sistema abierto de tenencia feudal; el riesgo de *forfeiture*, o sea, de incautación o extinción de la tenencia por decisión del señor (en EE.UU. el Estado federal); etc. Los autores consideran, en general, que la estandarización y el *numerus clausus* de los derechos reales, tal como se configuraron en el derecho romano⁷, son muy superiores jurídica y económicamente a la ardua espesura de los *present possessory estates in land* y los *future interests* no posesorios, gravados además por innúmeros *profits* e *easements* que impiden la existencia de un régimen homogéneo de propiedad inmobiliaria.

Contemplada inicialmente como una forma menor de propiedad, los autores advierten que la regulación de la *personal property* en el *common law* está lejos de haber alcanzado el grado de desarrollo exigido por la revalorización de los *chattels* (bienes muebles) a raíz de la revolución industrial. De este modo se explica la confusión que rodea a los *bailments*⁸, institución unitaria que reúne figuras tan diversas en los derechos de la familia romano-germánica como el depósito, el comodato y la prenda, el arrendamiento de obra y el mandato y la responsabilidad objetiva de los *nautae*, *caupones* y *stabularii*. Si cabe, el caso de la mal llamada “propiedad intelectual” es aún peor: la desmesura de esta desafortunada doctrina se debe a que los “juristas anglosajones” que la desarrollaron ignoraron el concepto romano de los *iura in re aliena*, el cual habría facilitado la configuración de los derechos de autor, patentes y marcas como “derechos intelectuales sobre la propiedad de terceros” de carácter negativo y duración limitada. El *common law* no tiene nada análogo al mencionado concepto romano, y de ahí que los medios indirectos que emplea para oponerse a los derechos de autor ilimitados sean solamente un “segundo mejor”.

⁶ Vid. Lipsey, R.G. y Lancaster, K., “The General Theory of the Second Best”, *Review of Economic Studies*, 24, 1956.

⁷ Los *iura in re aliena* del derecho romano son presentados como “derechos de propiedad [esto es, *property rights*] temporalmente desagregados” (p. 29).

⁸ Los *bailments* implican “aceptar la posesión sin título legal sobre propiedad personal tangible y el deber de devolver esa posesión en un momento posterior” (p. 39).

El capítulo relativo a los derechos sobre las cosas termina con un apartado dedicado, nada menos, a “los abusos cometidos con el amparo del derecho común angloamericano”. El primero de esos abusos consiste en la utilización de la tenencia feudal para despojar de sus tierras a los “americanos originarios”: el gobierno federal de los Estados Unidos es el sucesor de la Corona británica en el ejercicio del *dominium directum* (ownership) sobre el suelo, pero a los americanos originarios se les niega, en virtud de aquella figura, el dominio útil sobre sus tierras⁹; un jurista contemporáneo sugiere incluso que los indios se encuentran en la insegura posición de *tenants at sufferance*, bajo amenaza por tanto de expulsión inmediata y sin derecho, en esa hipótesis, a retirar los *emblems* o frutos del suelo. En otra expresión del “saqueo” (entrecomillado de los autores), los jueces federales han llegado a negar los *property rights* reclamados por ciudadanos mexicanos y peruanos sobre obras de arte y piezas arqueológicas precolombinas expropiadas por museos estadounidenses: de forma incoherente, puesto que el mecanismo de la tenencia feudal tendría que haberlos llevado a admitir, visto el *dominium directum* de los gobiernos de México y Perú, el *dominium utile* de los propietarios particulares sobre tales objetos. Otro abuso de ningún modo menor resulta de la naturaleza iuspublicista de la esclavitud y la *indentured servitude*: desconocida por el derecho de la metrópoli, la esclavitud se desarrolló “desde cero” en las colonias inglesas por vía legislativa, y de esta manera adquirió una dimensión de derecho público que la aleja del modelo iusprivatista de cuño romano aplicado por los españoles en Indias. En contraste con la inhumanidad e ineficiencia de la esclavitud angloamericana, la moderación de este otro modelo y su favor hacia la práctica de la manumisión le otorgan un cierto parecido con la *indentured servitude*¹⁰. Ésta era una servidumbre contractual que reducía al siervo a la condición de bien mueble durante una serie de años¹¹, y al igual que la esclavitud, se desarrolló en las colonias mediante estatutos locales y decisiones judiciales que acentuaron su naturaleza iuspublicista. Un carácter que agravó la brutalidad de ambas instituciones entre los angloamericanos.

El capítulo tercero agrupa los contratos y los *torts* bajo el rótulo de “deberes a las personas”; de este mismo género son las llamadas “obligaciones relacionales”, tratadas en el capítulo cuarto sobre a las “instituciones que apoyan el mercado en Estados Unidos”. La falta de estandarización de los contratos causada por la influencia del derecho canónico clásico –que a diferencia del derecho romano consideró exigible todo pacto unido a un juramento–, junto al peso decisivo que la *parole evidence rule* concede a la escritura en la interpretación¹², resultan, en el *common law* angloamericano, en una contratación casi toda atípica o innominada. Frente a esta situación, los especialistas en *Law and Economics* subrayan las ventajas de los contratos estandarizados, fáciles de identificar por un nombre y dotados de un contenido esencial prefijado. De este tipo era el sistema contractual cerrado del derecho romano clásico, en el cual, además, la solemnidad verbal de la *stipulatio* permitía “contractualizar” cualquier contenido lícito acordado entre las partes. Los restos que ese sistema había dejado en el primer *common law* desaparecen en el siglo XVI¹³.

⁹ En cambio, subrayan los autores, el “romanista y precursor del iusnaturalismo racionalista” Francisco de Vitoria nunca dudó de que los indios americanos tenían pleno dominio sobre sus bienes cuando los españoles llegaron a tierras americanas (p. 49).

¹⁰ El término *indenture* hace referencia a la forma escrita del contrato.

¹¹ Téngase en cuenta que en el *common law* inglés todas las relaciones de dependencia laboral, de cualquier tipo que fueran, pertenecían a los derechos reales.

¹² Vid. Moura Vicente, D., *Direito comparado*, vol. II: *Obrigações*, Coimbra, 21017, pp. 146 s.

¹³ Esos restos (los *writs of debt* y los *writs of covenant*) fueron desplazados por el *writ of assumpsit*.

Por otra parte, más allá del propósito unificador declarado por K. Llewelyn, impulsor del *Uniform Commercial Code* de los EE.UU., en opinión de Granado y Westermeyer esta obra quiso crear expreso un sistema viable de contratos estandarizados mediante el trasplante de partes importantes del *BGB* alemán. Sin embargo, como en otros casos de *legal transplants* (en el sentido de A. Watson), a los juristas de aquel país no ha dejado de plantearles problemas la inserción de instituciones ajenas a su tradición; uno de ellos, ante el silencio absoluto del Código acerca de la *consideration*, es la dificultad de entender que cada contrato nominado encarna su propia causa. Generalmente se admite que la contratación no estandarizada combinada con la asimetría de la información disponible genera desigualdad en el poder negociador de las partes. A este respecto, alejándose de la literatura sobre análisis económico del derecho, los autores niegan que quepa superar el problema imponiendo la interpretación *contra proferentem* de las cláusulas generales no negociadas (*boilerplate*, práctica cercana a los contratos de adhesión). Tampoco les convence el recurso a la doctrina, propia de la *equity*, de la *unconscionability*¹⁴, calificada por algún estudioso como “segunda mejor solución”. Y en lugar de estos instrumentos inoperantes proponen una “solución romana” consistente en ampliar el número de contratos nominados, diseñarlos de modo que reflejen las expectativas razonables de las partes y adoptar el molde de la *stipulatio* para los contratos atípicos. Por último, basándose en la teoría del incumplimiento eficiente¹⁵, Granado y Westermeyer afirman que los deudores son libres de elegir entre cumplir el contrato o pagar una condena pecuniaria si deciden no hacerlo, y que los acreedores no necesitan más para confiar en las promesas de cumplimiento de los deudores. En su opinión, ésta es la forma correcta de entender los contratos en el *common law*.

Organizados en un sistema cerrado de *writs* estandarizados, los *torts* reflejan el diseño de mecanismo de los *delicta* romanos¹⁶, pero eso no impide a los autores considerarlos como el área más autóctona del *common law*. La confusión que domina hoy por hoy este área en EE.UU. se debe a la influencia de W. Prosser y sus erróneos puntos de vista¹⁷. Hacia 1871-73, Holmes había propuesto una tripartición clara y racional de la responsabilidad extracontractual en *intentional torts*, *negligence* y *strict liability*. Setenta años después, al afirmar que los diferentes *torts* no están relacionados entre sí y que no hay un principio general que los gobierne, Prosser prescindió del mecanismo del *numerus clausus* –que define cuándo y por qué lesiones específicas se debe indemnizar–, con lo cual la materia en su conjunto ha devenido inmanejable¹⁸. Además, Prosser favoreció la

¹⁴ La *unconscionable conduct* en derecho contractual se puede describir como la incitación a celebrar contratos que incluyen cláusulas muy desventajosas en la letra pequeña; vid. MOURA VICENTE, *Direito comparado*, cit., pp. 226 s.

¹⁵ Teoría propia del análisis económico del derecho según la cual, en el *common law*, el deudor puede dejar de cumplir su obligación contractual, indemnizando al acreedor, si eso le deja en situación económicamente más favorable; en determinados casos, incumplir el contrato e indemnizar podrá ser una “mejora de Pareto” (p. 97); cfr. Moura Vicente, *Direito comparado*, cit., pp. 279 ss.

¹⁶ Moura Vicente, *Direito comparado*, cit., pp. 398 s.

¹⁷ El apartado B. *Torts Rightly Understood* de Del Granado y Bull, *Via utriusque iuris*, cit. (pp. 143-157) se ha dividido en: 2. *Cómo hemos llegado a las confusiones actuales sobre los tuertos* (pp. 109-126) y 3. *Los tuertos entendidos correctamente* (pp. 126-131).

¹⁸ Al considerarlo meramente una “expression of the highly individualistic attitude of the common law”, Prosser malinterpretó también aquel mecanismo de la responsabilidad extracontractual según el cual las víctimas de actos no intencionados deben soportar los daños sufridos (p. 113: “las personas lesionadas deben permanecer sin compensación [falta: por actos no intencionados] y deben soportar sus propias pérdidas”).

extensión de la *strict liability* empresarial más allá de las actividades anormalmente peligrosas –pero sin una conexión visible con la noción holmesiana de responsabilidad sin culpa [objetiva]–, desalentó la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* y, en los casos de *contributory negligence*, propuso como solución el reparto de daños entre las partes. Todo ello, concluyen los autores, “no podría haber sido más dañino para el área de los [torts] en los Estados Unidos”. En cuanto a la forma correcta de abordar esta materia, ellos recomiendan la utilización de la teoría del diseño de mecanismos para facilitar la elección entre negligencia y responsabilidad estricta¹⁹.

El capítulo cuarto reúne las garantías implícitas y constructivas, los deberes fiduciarios de la *equity*, el *equitable stoppel* y el *equitable trust* a título de instituciones que apoyan el mercado (en el sentido de que permiten a los sujetos integrados en él superar los problemas procedentes de la asimetría de información y la “compatibilidad de incentivos”). Se trata siempre de “obligaciones relacionales”, esto es, de obligaciones no nacidas de contrato, sino de relaciones previas o creadas de nuevo entre quienes intervienen en el mercado y al margen de si consienten en ellas o no. No es ésta, sin embargo, la perspectiva de los juristas estadounidenses sobre las garantías implícitas y constructivas²⁰, acerca de cuya exacta naturaleza carecen en realidad de una idea clara: para algunos se trataría de un bastardo nacido del *contract* y del *tort*. La misma dificultad les plantean los deberes fiduciarios –nacidos conforme a equidad entre aquellos que deben confiar (en sentido lato) mutuamente en el mercado–, cuyo diseño de mecanismo (un *numerus clausus* de relaciones estandarizadas) es, por otra parte, idéntico al de los cuasicontratos típicos del derecho romano. En la doctrina del *equitable estoppel* adivinan los autores la supervivencia de la *exceptio doli* del derecho romano clásico²¹. Y sobre el *equitable trust*, difícil de entender para un jurista del *civil law*, señalan que los elementos tan heterogéneos que se mezclan y conforman en él una institución única –obligaciones contractuales, deberes fiduciarios de origen relacional, *legal ownership* del fiduciario (*trustee*) y *equitable ownership* del beneficiario (*cestui que trust*)– apenas permiten describirlo como contrato del *common law* en favor de tercero²².

Al inicio del capítulo quinto, relativo al procedimiento civil, los autores acogen sin reservas la “indiscutible” tesis del iushistoriador decimonónico W. F. Finlason según la cual los orígenes del derecho inglés y angloamericano se remontan a la aplicación del derecho romano vulgar tras la retirada de las legiones romanas²³. Conforme a esta teoría, el juicio por jurado inglés no pudo por menos que seguir el procedimiento del juicio civil romano *clásico*, y ello hasta el punto de ser idénticos ambos tipos de juicio en todos los

¹⁹ La teoría del diseño de mecanismos es uno de los paradigmas del análisis económico del derecho: fijado un objetivo socialmente deseable, se trata de diseñar las reglas e instituciones que proporcionen a las personas los incentivos necesarios para alcanzarlo; sobre el interés de esta teoría para el derecho, vid. Del Granado y Bull, *Via utriusque iuris*, cit., pp. 7 ss.

²⁰ Garantías de comerciabilidad, de título o contra vicios ocultos (redhibitorios).

²¹ Diseño de mecanismo del *estoppel*: “a nadie se le permitirá beneficiarse de su propia falta ante un tribunal de justicia” (p. 142); sobre la *exceptio doli* cfr. D. 44.4.1.1: *hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*.

²² El último apartado del capítulo 4, sobre la *equity* en Delaware, se pregunta si el predominio del derecho societario de ese Estado en EE.UU. puede deberse a que es el único de los cincuenta en el que la *equity* todavía opera por separado.

²³ Finlason, W.F., “An Introductory Dissertation on the Influence of the Roman Law in the Formation of our Own”, *Reeves' History of the English law: from the Time of the Romans to the End of the Reign of Elizabeth*, vol. 1, London, 1869, pp. i-cxxviii.

aspectos esenciales²⁴. Ahora bien, criticada ya en su momento²⁵, a mí me parece que esta idea de Finlason no puede darse por buena sin resolver antes al menos dos cuestiones: ¿en qué medida llegó a penetrar en Britania, provincia imperial, el *agere per formulas* del derecho romano clásico?²⁶; ¿siguió usándose allí ese procedimiento, no sólo más allá de la prohibición legal de las fórmulas en el año 342²⁷, sino incluso tras el abandono del territorio por los romanos en las primeras décadas del siglo V? Dado que los autores no dicen nada sobre estos puntos, también yo callaré sobre su última y rotunda afirmación, a saber, que la “estructura bifurcada” del *common law* y la *equity* “fue, nuevamente, tomada del derecho romano clásico”²⁸.

Es hora de ir acabando. En el capítulo sexto y último Granado y Westermeyer reiteran su convicción de que la originalidad del sistema del *common law* y la *equity* reside, más que en otra cosa, en una combinación diferente de los mismos elementos presentes en el derecho europeo en general. Por mi parte, tras la lectura de este libro, en este momento final destacaría dos cosas: el *common law* presenta un nivel general de sistematización y desarrollo dogmático inferior al de los derechos de la familia romano-germánica o del *civil law*; con cierta frecuencia, ese lastre no le permite alcanzar más que lo que para el análisis económico es una “segunda mejor solución”²⁹. Por otra parte, como dicen los autores (p. 95) y prueba su libro, “al estudiar el derecho romano no se está estudiando un derecho del pasado, sino que se está explorando una cantera de soluciones a problemas de la actualidad”.

Francisco Cuenca Boy
Universidad de Cantabria

²⁴ Finlason, “An Introductory Dissertation on the Influence of the Roman Law in the Formation of our Own”, pp. xx: “The trial system under the Roman law was the original of trial by jury, with which, in all essentials respects, it was identical”, lxiv.

²⁵ Por ej. por Scrutton, T.E., *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge, 1885, pp. 45 ss.

²⁶ Cfr. Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, 1996, pp. 169 s., 439 ss., 470.

²⁷ C. 2.57.1.

²⁸ O sea, de la división *ius civile* / *ius honorarium*.

²⁹ Los autores señalan cuatro ejemplos de “second-best” (la mejor solución permitida por las circunstancias históricas y jurídicas): el régimen jurídico de los inmuebles (p. 15), la creación de *spacing units* por el gobierno en materia de exploración y explotación de minerales (p. 34, nt. 85), las doctrinas del *fair use* y la “primera venta” en materia de propiedad intelectual (p. 44) y la *unconsciability* como freno de la práctica del *boilerplate* en los contratos (p. 89).