

Los orígenes del principio de legalidad

La evidente excepción europea en cuanto al papel de la ley en la temprana formación del Estado; definiciones y desacuerdos sobre el principio de legalidad; las teorías de Hayek acerca de la prioridad de la ley sobre la legislación; cómo el common law inglés se basaba en el poder real y cómo ello reforzó la legitimidad del Estado inglés.

El desarrollo político europeo fue excepcional en la medida que las sociedades europeas salieron enseguida de la organización tribal, y lo hicieron sin el beneficio del poder político vertical. Europa fue excepcional también por el hecho de que la formación del Estado no se basó tanto en la capacidad de los antiguos constructores estatales para desplegar poder militar, como en su capacidad para administrar justicia. El aumento del poder y de la legitimidad de los Estados europeos llegó a ser inseparable de la aparición del principio de legalidad.

Los antiguos Estados europeos administraban justicia, pero no necesariamente la ley. La ley procedía de otro lugar, ya fuese de la religión (como en los edictos que regulaban el matrimonio y la herencia, tratados en el capítulo anterior) o de las costumbres de las tribus u otras comunidades locales. Los Estados europeos primitivos legislaban de manera ocasional —es decir, creaban leyes nuevas—, pero su autoridad y legitimidad se basaban más en su capacidad para hacer cumplir, de manera imparcial, leyes no elaboradas necesariamente por ellos.

Esta distinción entre ley y legislación es determinante para entender el significado del principio de legalidad. Como sucede con un término como «democracia», en ocasiones parece que hubiera tantas definiciones de «principio de legalidad» como

expertos en derecho.⁴⁷⁶ Yo lo utilizo en el sentido siguiente, el cual se corresponde con varias importantes corrientes occidentales de pensamiento sobre el fenómeno. La *ley* es un cuerpo de reglas de justicia abstractas que unen a una comunidad. En las sociedades premodernas, se creía que la ley había sido dictada por una autoridad superior a cualquier legislador humano, ya fuese una autoridad divina, una costumbre inmemorial o la naturaleza.⁴⁷⁷ Por otra parte, la *legislación* se corresponde con lo que actualmente se denomina ley positiva, y es una función del poder político, es decir, la capacidad de un rey, barón, presidente, asamblea legislativa o caudillo para promulgar y hacer cumplir nuevas leyes basadas, en última instancia, en una combinación de poder y autoridad. Puede decirse que el principio de legalidad existe solamente donde el cuerpo legal es superior a la legislación, lo cual significa que el individuo que ostenta el poder político se siente vinculado por la ley. Esto no quiere decir que quienes detentan el poder político no puedan crear nuevas leyes. Sin embargo, para ajustarse al principio de legalidad deben legislar de acuerdo con las normas establecidas por la ley preexistente, no según su voluntad.

La interpretación original de la ley como algo fijado, bien por una autoridad divina, bien por la costumbre o por la naturaleza, implicaba que la ley podía cambiarse por la acción humana, aunque podía y debía interpretarse para adecuarse a nuevas circunstancias. Con el declive de la autoridad religiosa y la creencia en el derecho natural en la época contemporánea, hemos pasado a interpretar la ley como algo creado por seres humanos, pero únicamente bajo un estricto conjunto de reglas

⁴⁷⁶ Para una discusión acerca de los significados de «principio de legalidad», véase Judith N. Shklar, «Political Theory and the Rule of Law», en Stanley Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

⁴⁷⁷ William Blackstone sostiene que hay una única ley natural, discernible mediante la razón, «que rige en todo el mundo, en todos los países y en todas las épocas; ninguna ley humana es válida si se opone a ésta». Prosigue afirmando que «la ley revelada es infinitamente más auténtica que el sistema moral, formulada por escritores éticos y denominada ley natural». Véase Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Birch and Small, Filadelfia, 1803, pp. 41-42.

procedimentales que garantizan que se ajustan a un amplio consenso social sobre valores fundamentales. La distinción entre ley y legislación se corresponde ahora con la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria, en la que la primera tiene requisitos más rigurosos para su promulgación, tales como su aprobación por mayoría absoluta. Actualmente, en Estados Unidos esto significa que cualquier nueva ley aprobada por el Congreso tiene que ajustarse a un cuerpo legal anterior y superior, la Constitución, según la interpretación del Tribunal Supremo.

Hasta este punto, he tratado el desarrollo político en términos de construcción del Estado, de la capacidad de los Estados para acumular y utilizar el poder. El principio de legalidad es un componente separado del orden político, y que impone límites al poder de un Estado. Los primeros controles al poder ejecutivo no fueron impuestos por parlamentos democráticos o elecciones, sino que fueron el resultado de sociedades que creían que los gobernantes tenían que actuar de acuerdo con la ley. La construcción del Estado y el principio de legalidad, por tanto, coexisten sujetos a una cierta tensión. Por un lado, los gobernantes pueden reforzar su autoridad actuando dentro y en nombre de la ley. Por otro lado, la ley puede impedirles hacer cosas que les gustaría hacer, no sólo en su propio interés, sino en interés de la comunidad en su conjunto. De modo que el principio de legalidad se ve constantemente amenazado por la necesidad de generar poder político, desde monarcas ingleses del siglo XVII que querían subir los impuestos sin pasar por el Parlamento, hasta gobiernos latinoamericanos del siglo XX que combaten el terrorismo con escuadrones de la muerte ilegales.

Confusiones contemporáneas relativas al principio de legalidad

En los países en vías de desarrollo contemporáneos, uno de los mayores déficits políticos reside en la relativa debilidad del principio de legalidad. De todos los componentes de los Estados contemporáneos, las instituciones legales eficaces son tal vez las más difíciles de interpretar. La organización militar y la

autoridad tributaria surgen de manera natural de los instintos depredadores primitivos de la gente. A un caudillo no le resulta difícil reunir a un grupo armado y utilizarlo para extraer recursos de la comunidad. En el otro extremo del espectro, las elecciones democráticas son relativamente fáciles (aunque caras) de organizar y, hoy en día, existe una gran infraestructura internacional para facilitarlas.⁴⁷⁶ Las instituciones legales, por otra parte, deben extenderse por todo el país y mantenerse de manera regular. Requieren instalaciones físicas, así como enormes inversiones en formación de abogados, jueces y otros funcionarios públicos, incluida la policía que, en última instancia, hará cumplir la ley. Pero, lo que es más importante, las instituciones legales tienen que ser consideradas legítimas y autorizadas, no sólo por la gente corriente, sino también por las élites poderosas de la sociedad. Provocar eso ha demostrado no ser una tarea sencilla. Actualmente, Latinoamérica es casi unánimemente democrática, pero el principio de legalidad es extremadamente débil, desde el policía que acepta sobornos hasta el juez que evade impuestos. La Federación Rusa sigue celebrando elecciones democráticas, pero, especialmente desde la llegada al poder de Vladimir Putin, sus clases dirigentes, desde el presidente hacia abajo, han conseguido infringir la ley con total impunidad.

Existe abundante bibliografía que relaciona el principio de legalidad con el desarrollo económico.⁴⁷⁸ Dicha bibliografía refleja, fundamentalmente, una perspectiva importante; a saber:

478. Véase, por ejemplo, Krishna Kumar (ed.), *Postconflict Elections, Democratization, and International Assistance*, Lynne Rienner, Boulder (Colorado), 1998.

479. Para una visión general de esta bibliografía, véase Stephan Haggard, Andrew MacIntyre y Lydia Tiede, «The Rule of Law and Economic Development», *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008, pp. 205-234. Véase también Stephen Knack y Philip Keefer, «Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Measures», *Economics and Politics*, vol. 7, 1995, pp. 207-227; Philip Keefer, «A Review of the Political Economy of Governance: From Property Rights to Voices», Instituto del Banco Mundial, documento de trabajo 3315, Washington, D. C., 2004; Daniel Kaufmann, Aart Kraay y Massimo Mastruzzi, *Governance Matters 17: Governance Indicators for 1996-2004*, Instituto del Banco Mundial, Washington, D. C., 2005.

que la aparición del mundo moderno, incluyendo la aparición de una economía capitalista, dependía en gran medida de la existencia previa del principio de legalidad. La ausencia de un principio de legalidad sólido es, de hecho, una de las razones principales por las cuales los países pobres no pueden alcanzar mayores índices de crecimiento.

No obstante, esta bibliografía es altamente confusa e incoherente por lo que respecta a la definición básica de principio de legalidad y a cómo medir su presencia o su ausencia. Además, la teoría que relaciona los distintos elementos del principio de legalidad con el crecimiento económico es empíricamente cuestionable, y mucho más cuando se proyecta en sociedades que existían en condiciones económicas maltusianas. Por tanto, antes de pasar a exponer los orígenes del principio de legalidad, tenemos que organizar parte del equipaje dejado por los debates contemporáneos sobre este tema.

Cuando los economistas hablan del principio de legalidad, habitualmente se están refiriendo a los derechos de propiedad modernos y a la ejecución del contrato.⁴⁸⁰ Los derechos de propiedad modernos son ostentados por los individuos, los cuales son libres de comprar y vender sus propiedades sin restricciones impuestas por grupos familiares, autoridades religiosas o el Estado. La teoría según la cual los derechos de propiedad y el contrato están relacionados con el crecimiento económico es muy clara. Nadie hará inversiones a largo plazo a menos que sepa que sus derechos de propiedad están garantizados. Si, de repente, un gobierno sube los impuestos de una inversión, como hizo Ucrania a principios de la década de 1990, tras firmar un acuerdo sobre infraestructuras de telefonía móvil, es posible que los inversores se retiren, y que ello les desanime a la hora de emprender nuevos proyectos. De manera similar, el comercio requiere una maquinaria legal que garantice el cumplimiento de los contratos y dirimir las controversias que inevitablemente surgen entre las partes contractuales. Cuanto más transparentes sean las normas de contratación y más equitativa sea su aplicación, más se fomentará el comercio. Por esta razón, muchos economistas hacen hincapié en la importancia de los «compromi-

480. Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*.

«sos creíbles» como señal de identidad del desarrollo institucional de un Estado.

Esta definición de principio de legalidad se solapa, aunque sólo parcialmente, con la expuesta al principio de este capítulo. Obviamente, si un gobierno no se considera vinculado por una norma preexistente, sino que se considera plenamente soberano en todos los sentidos, nada le impedirá hacerse con la propiedad de sus ciudadanos, e incluso con la de extranjeros que estén haciendo negocios con él. Si las normas generales no son aplicables en el caso de las élites poderosas o del actor más poderoso de todos (el gobierno), no puede haber una certeza absoluta acerca de la garantía de la propiedad o el comercio privados. Como ha señalado el científico político Barry Weingast, un Estado lo bastante fuerte como para hacer respetar los derechos de propiedad también puede impedirlos.⁴⁸¹

Por otro lado, es perfectamente posible tener derechos de propiedad y garantías contractuales «suficientemente buenas» que permitan el desarrollo económico sin la existencia de un verdadero principio de legalidad en el sentido de que la ley sea la soberana final.⁴⁸² Un buen ejemplo es la República Popular China. Hoy en día no existe un verdadero principio de legalidad en China: el Partido Comunista Chino no acepta la autoridad de ninguna otra institución en China que sea superior a él, ni que pueda revocar sus decisiones. Aunque China tiene una Constitución, el partido crea dicha Constitución, no a la inversa. Si el gobierno chino actual quisiera nacionalizar todas las inversiones extranjeras existentes, o renacionalizar las propiedades de particulares y devolver el país al maoísmo, no existe ningún marco legal que se lo impida. El gobierno chino decide no hacerlo por su propio interés, lo cual parece ser considerado por la mayoría de las partes como una garantía lo suficientemente creíble de una buena conducta futura. No ha sido nece-

481. Barry Weingast, «The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development», *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 11, 1995, pp. 1-31.

482. Derechos de propiedad «suficientemente buenos» es un concepto propuesto por Merilee S. Grindle, «Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries», *Governance*, vol. 17, n.º 4, 2004, pp. 525-548.

sario un compromiso abstracto con el «principio de legalidad» para que el país alcance un índice de crecimiento de dos dígitos durante más de tres décadas. Cuando el partido disolvió las cooperativas agrícolas en 1978, bajo la ley de responsabilidad doméstica, no devolvió a los campesinos chinos plenos derechos de propiedad modernos (es decir, el pleno derecho de los individuos a enajenar su propiedad). Por el contrario, les concedió derechos hereditarios de usufructo sobre su tierra (derecho de arrendamiento a largo plazo), parecidos a los derechos ostentados por los campesinos en las provincias centrales del Imperio otomano. Esos derechos, sin embargo, fueron «suficientemente buenos» para provocar que la producción agrícola se multiplicase por dos tan sólo cuatro años después del cambio de las normas de propiedad.

La China dinástica carecía de un principio de legalidad tanto como la China comunista. Por otra parte, en épocas normales, la China imperial bien podría haber reconocido unos derechos de propiedad «suficientemente buenos» a nivel local para promover la productividad agrícola como mínimo hasta la frontera de la tecnología existente en aquel entonces, derechos no demasiado diferentes de los que disfrutaban actualmente los campesinos chinos. Las limitaciones de los derechos de propiedad no eran tanto aquellas impuestas por un estado depredador y avaricioso como la constante conexión entre propiedad y familia. La propiedad conllevaba miles de derechos y deberes impuestos por los linajes agnaticios, los cuales, en la China del siglo XX, seguían reconociendo el derecho de las familias a restringir la enajenación de la tierra.⁴⁸³

Asimismo, no está claro que ni siquiera los más explícitos derechos de propiedad modernos fuesen suficientes para aumentar la productividad de manera sustancial, o para crear el mundo económico capitalista a partir de una sociedad maltusiana. Antes de la introducción de otras instituciones necesarias para sostener un avance tecnológico continuo (como el método científico, las universidades, el capital humano, los laboratorios de investigación, un medio cultural que fomentase el riesgo y la experimentación, etc.), había límites al tipo de beneficios que

483. Schurmann, «Traditional Property Concepts in China».

podían producir por sí solos los buenos derechos de propiedad y, por tanto, no se daba por sentado que se produjesen continuos avances tecnológicos.⁴⁸⁴

De modo que el énfasis de los economistas en los derechos de propiedad modernos y en el cumplimiento del contrato bajo el principio de legalidad puede ser erróneo en dos aspectos. En primer lugar, en el mundo contemporáneo, donde son posibles las innovaciones tecnológicas constantes, los derechos de propiedad «suficientemente buenos» sin un principio de legalidad soberano son, en ocasiones, suficientes para generar elevados índices de crecimiento económico. En segundo lugar, en un mundo malthusiano, esos índices de crecimiento no son alcanzables, ni siquiera presuponiendo la existencia de derechos de propiedad modernos y del principio de legalidad, porque las barreras que limitan el crecimiento se encuentran en otra parte.

Existe otra definición más del principio de legalidad que probablemente ha tenido tanto impacto en la vida económica en la época premoderna como en la contemporánea. Se trata simplemente de la seguridad de las personas, la capacidad de salir del violento estado de naturaleza y dedicarse a sus asuntos cotidianos sin miedo a ser asesinados o robados. Tendemos a apreciar más este aspecto del principio de legalidad cuando está ausente que cuando está presente y lo podemos dar por sentado.

Por último, no es posible hablar del principio de legalidad sin especificar a quién se aplica la ley; es decir, el círculo de personas consideradas personas legales protegidas por la ley. Las sociedades tratan de aplicar las normas sociales básicas de ma-

484. Douglass North sostiene que no habrá innovación tecnológica sin derechos de propiedad que permitan rendimiento privado generado por la innovación y que sea próximo al rendimiento social. Véase, por ejemplo, North, *Structure and Change in Economic History*, pp. 159-160; versión castellana, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Si bien esto puede ser cierto respecto a la tecnología que incorpora conocimiento científico en productos específicos, gran parte de la investigación científica que genera avances tecnológicos tiene un carácter de bien público que tiene que estar respaldado por las instituciones públicas. Es posible también que los derechos de propiedad sobre la tierra y los bienes muebles tengan efectos diferentes de los derechos de propiedad intelectual (patentes, copyright, etc.).

nera universal, pero un principio de legalidad que protege a los ciudadanos contra actos arbitrarios del Estado, con frecuencia se aplica inicialmente sólo a una minoría de sujetos privilegiados. La ley, en otras palabras, protege los intereses de las élites más próximas al Estado o que controlan al Estado, y, en ese sentido, la ley se parece a lo que Platón, en *La República*, y por boca de Sócrates, denomina la «justicia de una banda de ladrones».

Veamos, por ejemplo, una carta de madame de Sévigné, una de las mayores frecuentadoras de salones del siglo xvii en Francia, a su hija. Esta ingeniosa y sensible mujer describe cómo los soldados de Bretaña estaban imponiendo un nuevo impuesto, lo cual sacaba a viejos y niños de sus casas en busca de activos. Unos sesenta aldeanos iban a ser ahorcados al día siguiente por no poder pagar. Y continúa: «El violinista que había empezado el baile y el robo de papel timbrado fue destruido en la rueda; fue descuartizado (en cuatro partes), y las partes fueron expuestas en las cuatro esquinas de la ciudad».⁴⁸⁵

Obviamente, el Estado francés no aplicó esas penas tan drásticas a madame de Sévigné y a su círculo. Como veremos en el capítulo 23, aplicó impuestos onerosos a los plebeyos, precisamente por ser demasiado respetuoso con los derechos de propiedad y con la seguridad personal de la aristocracia. Por tanto, no es cierto que no hubiera principio de legalidad en la Francia del siglo xvii, sino que la ley no consideraba a los plebeyos personas legales con los mismos derechos que la aristocracia. Lo mismo puede decirse de Estados Unidos en el momento de su fundación, ya que se negaba a los afroamericanos, a las mujeres, a los nativos americanos —a todo aquel que no fuera un propietario blanco varón— el derecho al voto. El proceso de democratización va ampliando gradualmente el principio de legalidad para incluir a todas las personas.

Una de las consecuencias de estas confusiones acerca del significado de «principio de legalidad» es que los programas diseñados por los países ricos para mejorar el principio de legalidad en

485. Citado en Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, versión inglesa de Harvey C. Mansfield y Delba Winthrop, vol. II, parte 3, cap. 1, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 537. Versión castellana de Eduardo Nolla, *La democracia en América*, Aguilar, Madrid, 1989.

los pobres rara vez produce resultados útiles.⁴⁸⁶ Las personas que tienen la suerte de vivir en países con un principio de legalidad sólido, habitualmente no entienden cómo surgió por primera vez, y confunden los signos externos del principio de legalidad con su sustancia. Así, por ejemplo, los «controles y contrapesos» se consideran un signo distintivo de una sociedad con un principio de legalidad sólido, ya que los poderes del gobierno se controlan mutuamente. Sin embargo, la mera existencia de un control formal no equivale a un gobierno democrático fuerte. Los tribunales pueden ser utilizados para frustrar la acción colectiva, como en la India contemporánea, donde las prolongadas apelaciones judiciales pueden atascar proyectos de infraestructuras críticos, o bien pueden utilizarse para proteger los intereses de las élites contra la voluntad del gobierno, como en el caso del Tribunal Supremo estadounidense de «Lochner contra Nueva York», en 1905, que protegió los intereses comerciales en contra de una iniciativa legislativa para limitar las horas de trabajo. Por tanto, de vez en cuando, la separación de poderes no consigue corresponderse con la sustancia de una sociedad respetuosa con la ley.

En el debate que se plantea a continuación estudiaremos el desarrollo del principio de legalidad desde una perspectiva tan amplia como sea posible: ¿dónde se originó la ley, es decir, un conjunto de reglas de justicia comunes?, ¿cómo se desarrollaron las reglas específicas relativas a derechos de propiedad, a la ejecución del contrato y a la ley comercial?, ¿cómo llegaron las más altas autoridades políticas a aceptar la soberanía de la ley?

La teoría de Hayek de que la ley es anterior a la legislación

El gran economista austriaco Friedrich A. Hayek desarrolló una sofisticada teoría sobre los orígenes de la ley que aporta interpretaciones importantes del significado de «principio de legalidad».

486. Para una revisión de los actuales programas para promover el principio de legalidad, véase Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, Carnegie Endowment, Washington, D. C., 2006.

dad», y constituye el marco en el cual mucha gente contempla la ley hoy en día. Hayek es conocido como el padre del libertarismo contemporáneo, pero los libertarios no se oponen a las reglas como tales; según Hayek: «Solamente la existencia de reglas comunes hace posible la existencia pacífica de los individuos en la sociedad».⁴⁸⁷ Hayek apuntó a lo que denominó la interpretación «racionalista» o «constructivista» de los orígenes de la ley, concretamente, que procedía de la voluntad de un legislador que había estudiado racionalmente los problemas de la sociedad y había concebido una ley para establecer lo que, según él, era un mejor orden social. El constructivismo, afirmaba Hayek, era un concepto de los últimos trescientos años y, concretamente, de una serie de pensadores franceses, incluyendo a Descartes y a Voltaire, los cuales pensaban que la mente humana era suficiente para entender el funcionamiento de la sociedad humana. Esto provocó lo que Hayek consideraba errores enormes, como las revoluciones francesa y bolchevique, en las cuales la organización vertical del poder político se utilizó para reordenar el conjunto de la sociedad, basándose en una idea preconcebida de justicia social. En la época de Hayek (mediados del siglo xx), el error fue repetido no sólo por los países socialistas como la Unión Soviética, los cuales se basaban en una planificación racional y un autoridad centralizada, sino también por países europeos democráticos en los que regía el Estado de bienestar.

Esto era incorrecto, según Hayek, por una serie de razones, la más importante de las cuales era el hecho de que ningún planificador podía nunca tener conocimientos suficientes sobre el funcionamiento real de una sociedad para reordenarla racionalmente. La mayor parte del conocimiento de una sociedad tenía carácter local y estaba diseminado por toda ella; ningún individuo podía controlar suficiente información para prever los efectos de un cambio planificado en las leyes o las reglas.⁴⁸⁸

487. Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago, 1976, vol. 1, p. 72. Versión castellana de Juan Marcos de la Fuente, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios básicos de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

488. Este argumento fue la base del ataque de Hayek y del economista Ludwig von Mises sobre la planificación central socialista en las décadas de

El orden social no era, según Hayek, el resultado de una planificación racional vertical; se producía espontáneamente mediante la interacción de cientos o miles de individuos dispersos que experimentaban con reglas, se quedaban con las que funcionaban y rechazaban las que no servían. El proceso por el cual se generaba el orden social era gradual, progresivo y descentralizado; únicamente haciendo uso del conocimiento local de miles de individuos, podría aparecer algún día una «Gran Sociedad» que funcionase. Los órdenes espontáneos evolucionaron de la misma manera planteada por Darwin para los organismos biológicos — mediante una adaptación y selección descentralizadas, y no mediante el diseño voluntario de un creador.

Según Hayek, la propia ley constituía un orden espontáneo, y «no cabe duda de que la ley existía mucho antes de que al hombre se le ocurriera que podía crearla o alterarla». Efectivamente, «los individuos habían aprendido a cumplir (y aplicar) reglas de conducta mucho antes de que dichas reglas pudiesen ser expresadas con palabras». La legislación — la promulgación consciente de nuevas reglas — «apareció relativamente tarde en la historia de la humanidad», y la idea de que «toda ley es, puede ser y debería ser producto de la libre invención de un legislador [...] es objetivamente falsa, un producto erróneo del [...] racionalismo constructivista».⁴⁸⁹

El modelo de orden espontáneo que Hayek tenía claramente en mente era el del *common law* inglés, en el cual la ley evolucionaba como resultado de la acumulación de decisiones de innumerables jueces que tratan de aplicar reglas generales a los casos concretos que se les presentan:

La libertad de los británicos que tanta admiración llegó a causar en el resto de Europa en el siglo XVIII fue [...] el resultado del hecho de que la ley que regía las decisiones de los tribunales era el

1930 y 1940, «The Use of Knowledge in Society», *American Economic Review*, vol. 35, n.º 4, 1945, pp. 519-530. Véase *Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

489. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago, 1976, vol. 1, p. 72. Versión castellana *Derecho, legislación y libertad*.

common law, una ley existente independientemente de la voluntad de nadie que, al mismo tiempo, vinculaba a los tribunales independientes y era desarrollada por ellos: una ley en la que el Parlamento intervenía muy raramente, y, cuando lo hacía, era básicamente para aclarar puntos dudosos en un determinado cuerpo legal.⁴⁹⁰

Así, Hayek se centraba en la esencia del principio de legalidad: hay un cuerpo legal preexistente que representa la voluntad de toda la comunidad, que está por encima de la voluntad del gobierno actual y que limita el alcance de los actos legislativos de ese gobierno. Su preferencia por el *common law* inglés es compartida por muchos economistas contemporáneos, los cuales lo consideran más adaptable y orientado al mercado que la tradición del derecho civil continental.⁴⁹¹

Al exponer esta teoría sobre el origen de la ley, Hayek estaba haciendo una afirmación tanto empírica como normativa. Afirmaba que la ley se desarrollaba en la mayoría de las sociedades de forma no planificada y evolutiva, y que este tipo de ley generada espontáneamente debía ser superior a las normas elaboradas de manera consciente. Esta interpretación fue promovida por el gran jurista inglés sir Edward Coke, el cual sostenía que el *common law* databa de tiempos inmemoriales, y fue también adoptada por Edmund Burke en su defensa del incrementalismo.⁴⁹² Hayek era un gran enemigo del «Estado poderoso», no sólo de las dictaduras comunistas como la Unión Soviética, sino

490. *Ibidem*.

491. Véase, por ejemplo, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, «Legal Determinants of External Finance», *Journal of Political Economy*, vol. 52, 1997, pp. 1131-1150; y «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, vol. 106, 1998, pp. 1113-1155. Esta bibliografía ha suscitado un amplio debate. No está claro que los sistemas de *common law* ofrezcan claras ventajas sobre los de derecho civil por lo que respecta al crecimiento económico. El propio Hayek, a pesar de preferir el *common law*, señala que el Código de Justiniano en el que se basaban los sistemas de derecho civil era, a su vez, producto de una acumulación de decisiones de juristas romanos. Al final, resulta fácil exagerar las diferencias entre esos sistemas. Véase Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, p. 83. Versión castellana, *Derecho, legislación y libertad*.

492. J. G. A. Pocock, «Burke and the Ancient Constitution: A Problem in the History of Ideas», *Historical Journal*, vol. 3, n.º 2, 1960, pp. 125-143.

también de las socialdemocracias europeas que trataban de lograr la «justicia social» mediante la redistribución y la regulación. Estaba tomando partido por una de las posturas mantenidas en un antiguo debate sobre lo que el jurista Robert Ellickson denominaba «centralistas legales» y «periferialistas legales». Los primeros pensaban que las leyes promulgadas formalmente creaban y moldeaban reglas morales, mientras que los últimos sostenían que simplemente codifican normas informales existentes.⁴⁹³

La preferencia normativa de Hayek por un Estado mínimo parece, sin embargo, haber empañado su visión empírica del origen de la ley, puesto que, si bien es cierto que la ley precedía a la legislación en muchas sociedades, las autoridades políticas intervenían frecuentemente para alterarla, incluso en las sociedades primitivas. La aparición del moderno principio de legalidad dependía de manera decisiva de que un Estado centralizado fuerte impusiera su cumplimiento. Esto es evidente, incluso en los orígenes del *common law* reivindicado por Hayek.

Del derecho consuetudinario al *common law*

La interpretación fundamental de Hayek, según la cual la ley tiende a desarrollarse basándose en la evolución descentralizada de las normas sociales, es correcta en líneas generales, tanto en la época antigua como en la moderna. Sin embargo, ha habido importantes interrupciones en el desarrollo de la ley que pueden explicarse únicamente por la intervención de la autoridad política y no como el resultado de un proceso de «orden espontáneo». Hayek estaba equivocado acerca de algunos de sus hechos históricos.⁴⁹⁴

Una de esas transiciones fue el paso del derecho consuetudinario al *common law* en Inglaterra. El *common law* no es simplemente una versión formalizada y escrita del derecho consue-

tudinario. Es una ley fundamentalmente diferente. Como vimos en el capítulo 4, el significado de ley experimenta un gran cambio cuando las sociedades realizan la transición de organización tribal a organización estatal. En las sociedades tribales, la justicia entre individuos es un poco como las relaciones internacionales contemporáneas, basada en la ayuda mutua de grupos rivales en un mundo en el que no hay una tercera parte más poderosa que imponga el cumplimiento de las normas. Las sociedades estatales, por el contrario, son diferentes precisamente porque existe esa parte que impone el cumplimiento, el propio Estado.⁴⁹⁵

Inglaterra, tras la caída del Imperio romano, estaba organizada en tribus; se componía de anglos, sajones occidentales, jutos, celtas y otros pueblos. No había un Estado. Las casas se agrupaban en pueblos, y los pueblos en unidades mayores llamadas *hundreds* —«centenas», una zona lo suficientemente amplia para dar cabida a cien familias— o condados. Por encima de este nivel se encontraban los reyes, pero esos monarcas antiguos no tenían el monopolio de la fuerza y no podían imponer el cumplimiento de las normas a las unidades tribales. No se consideraban gobernantes territoriales, sino reyes de pueblos —por ejemplo, el *rex anglorum*, o rey de los anglos—. Como hemos visto en el capítulo anterior, el cristianismo empezó a minar la organización anglosajona tras su aparición a finales del siglo VI con la llegada del monje benedictino Agustín. Sin embargo, la erosión de la ley tribal fue gradual, y continuó prevaleciendo durante los siglos caóticos de la segunda mitad del primer milenio. Había fuertes lazos de confianza dentro de los grupos familiares, pero mucha hostilidad y desconfianza mutua entre los clanes rivales. La justicia, por tanto, giraba en torno a la regulación de las relaciones entre grupos de parientes.

La primera recopilación conocida de leyes tribales anglosajonas fue el código de leyes de Ethelberto, de alrededor del

493. Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1991.

494. Para una crítica a Hayek, véase Shklar, «Political Theory and the Rule of Law».

495. Para conocer los antecedentes, véase Richard E. Messick, «The Origins and Development of Courts», *Judicature*, vol. 85, n.º 4, 2002, pp. 175-181. Algunas personas definen el derecho como leyes cuyo cumplimiento es imponible por terceras partes, en cuyo caso el derecho como tal no existe en las sociedades tribales. No obstante, seguí refiriéndome a derecho tribal.

año 600. Era parecido a la ley sálica, ligeramente anterior, del rey merovingio Clovis, en tanto que consistía en una lista de *wergelds* a pagar como sanción por diversas lesiones:

Los cuatro dientes frontales estaban valorados en seis chelines cada uno, el diente siguiente en cuatro, el siguiente en uno; los pulgares, las uñas del pulgar, los índices, anulares, meñiques, y sus respectivas uñas, se diferenciaban, y se establecía un precio diferente, denominado *hot*, para cada uno. También se establecían distinciones parecidas entre orejas que habían perdido la audición, orejas cortadas, orejas agujeradas y orejas laceradas; respecto a los huesos, se distinguían los que quedaban al descubierto, los dañados, los rotos, los cráneos fracturados, los hombros dislocados, las mandíbulas rotas, las clavículas rotas y las costillas rotas; y, en cuanto a las magulladuras, se distinguía entre magulladuras por encima de la ropa, por debajo de la ropa, y las que no provocaban moratones.⁴⁹⁶

Una de las características de las sanciones que comportaban el pago de *wergeld* era su falta de equidad. La compensación pagada por diferentes lesiones variaba según el estatus social del individuo lesionado. Así, el asesinato de un hombre libre merecía una compensación muy superior a la de un sirviente o un esclavo.

El derecho tribal germánico no era diferente en esencia del de cualquier otra sociedad tribal, desde la de los nuer a la de los wantoks contemporáneos de Papúa Nueva Guinea y las Islas Salomón. Si alguien te hiere a ti o a uno de tus parientes, el clan tiene que contratatacar para defender el honor y la credibilidad del grupo. Tanto las lesiones como las represalias son colectivas: habitualmente basta con reaccionar ya no contra el causante de la lesión, sino contra un pariente cercano. El *wergeld* existe como un medio de dirimir disputas antes de que se conviertan en rencillas prolongadas o *vendettas* tribales.

Los tribunales de la Edad Moderna tenían sus distintos orígenes en las asambleas de clanes utilizadas para mediar en las

reyertas familiares. Entre las tribus anglosajonas, eran los tribunales simulados. Esos tribunales escuchaban los testimonios del acusador y del acusado, y deliberaban sobre cuál era la forma adecuada de compensación. No tenían, sin embargo, el poder de citación para obligar a testificar a los testigos. Tampoco podían imponer el cumplimiento de sus sentencias, a menos que ambas partes estuvieran de acuerdo. Las pruebas legales se basaban a menudo en ordalías, como obligar a los acusados a caminar descalzos sobre brasas ardientes o rejas, o bien sumergirlos en agua fría o caliente para ver si flotaban o se hundían.⁴⁹⁷

Como Friedrich Nietzsche observó posteriormente, la introducción del cristianismo tendría profundas implicaciones morales tras su entrada en las tribus germánicas. Los héroes cristianos eran santos y mártires pacíficos, no guerreros o conquistadores vengativos, y la religión predicaba una doctrina de igualdad universal contraria a la jerarquía de una sociedad tribal basada en el honor. Las nuevas normas cristianas sobre el matrimonio y la herencia, no sólo trastocaron la solidaridad tribal, sino que también crearon la noción de comunidad universal basada en una fe común, en lugar de en fidelidades familiares. El concepto de rey pasó de ser el del líder de un grupo que descendía de un ancestro común al del líder y protector de una comunidad cristiana mucho más amplia. Este cambio, no obstante, fue muy gradual.

Sin embargo, el hecho de que el tribalismo se viniera abajo en la sociedad cristiana no significó que el patrimonialismo desapareciera. Al igual que en la Iglesia oriental, en aquella época los sacerdotes y los obispos podían casarse y tener hijos. Practicaban una especie de concubinato sacerdotal conocido como nicolaísmo. Con el aumento de las propiedades de la Iglesia adquiridas gracias a donaciones, era inevitable que los líderes eclesiásticos trataran de transmitir sus bienes a sus hijos y se sumergiesen en la política de clanes y tribus locales. Con tanta riqueza en juego, los bienes espirituales de la Iglesia se convirtieron en propiedades valiosas que podían venderse y comprarse mediante una práctica conocida como simonía.

La conversión de los paganos germánicos al cristianismo, como la conversión de los infieles al islam en la sociedad tribal

496. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1983, p. 54.

497. *Ibidem*, p. 56.

árabe o turca, plantea un interesante desafío a la teoría del orden espontáneo de Hayek. Una ojeada al índice de Hayek indica que no hay ni una sola referencia a la religión y, a pesar de ello, es evidente que la religión es una fuente determinante de las normas legales en las sociedades judía, cristiana, hindú y musulmana. La introducción del cristianismo en Europa supuso la primera interrupción importante en la evolución de la ley que emanaba de las costumbres tribales. La modificación de las normas del matrimonio y la herencia para permitir la propiedad de las mujeres no fue un experimento espontáneo llevado a cabo por algún juez o comunidad local, sino una innovación dictada por la jerarquía de una institución poderosa, la Iglesia católica. La Iglesia no se limitó a reflejar valores locales, los cuales eran bastante diferentes; tampoco la Iglesia oriental ni las autoridades religiosas musulmanas trataron de cambiar las normas familiares existentes en sus sociedades de manera parecida. La propia Iglesia entendió que no se trataba simplemente de ratificar el derecho consuetudinario: como dijo el papa Urbano II al conde de Flandes en 1092: «¿Pretendes hasta el momento haberte conformado con el uso muy antiguo del país? Sin embargo, debes saberlo, tu Creador ha dicho: "Mi nombre es Verdad". No ha dicho: "Mi nombre es Uso"». ⁴⁹⁸

La segunda interrupción importante en el desarrollo del derecho inglés fue la introducción del propio *common law*. El *common law* no surgió como una especie de evolución espontánea del derecho consuetudinario. Estaba íntimamente relacionado con la aparición del primitivo Estado inglés, y dependía del poder estatal para su posterior predominio. De hecho, la promulgación de un *common law* uniforme en todo el reino de Inglaterra fue el principal vehículo de la expansión del Estado en la época posterior a la conquista normanda. Los grandes juristas Frederic Maitland y Frederick Pollock describen los orígenes del *common law*:

La costumbre del tribunal del rey es la costumbre de Inglaterra, y se convierte en el *common law*. En cuanto a las costumbres locales, los jueces del rey expresarán su respeto hacia ellas en forma

498. Citado en Bloch, *La sociedad feudal*.

ses generales. No vemos ningún signo de un deseo consciente por erradicarlas. No obstante, si no se arrancan, su futuro crecimiento es controlado. Especialmente en lo referente a temas de procedimiento, el tribunal del rey, que somete al resto de tribunales a un control exhaustivo, puede considerar sus normas como las únicas justas. ⁴⁹⁹

Este proceso no puede entenderse sin valorar el papel de los primeros reyes europeos. En el siglo XI, los reyes no eran gobernantes territoriales, sino que todavía eran algo así como un primer entre iguales de un orden feudal descentralizado. Monarcas como Guillermo I o Enrique I pasaban la mayor parte de su vida viajando, desplazándose de una parte a otra del reino, ya que ésa era la única forma de imponer su autoridad y mantener las comunicaciones en un mundo que se había replegado en una sociedad aislada de pueblos y heredades. Uno de los principales servicios que podía prestar el rey era el de actuar como tribunal de apelación en los casos en que los sujetos no estaban satisfechos con la sentencia emitida por los tribunales de la heredad o del señorío local. Al rey, por su parte, le interesaba extender la jurisdicción de sus tribunales, ya que se le pagaban honorarios por sus servicios. Sin embargo, la apelación a los tribunales reales también aumentaba el prestigio del rey, el cual podía socavar la autoridad de un señor local anulando una de sus sentencias judiciales. ⁵⁰⁰

Al principio había competencia entre los distintos tipos de tribunal por el negocio judicial, pero, con el tiempo, predominaron los tribunales del rey. Eran preferibles a los tribunales locales por diversas razones. Los tribunales reales itinerantes se consideraban más imparciales porque tenían menos vínculos con los litigantes locales, y también presentaban ciertas ventajas procedimentales, como su capacidad de obligar a los ciudadanos

499. Pollock y Maitland, *The History of English Law*, p. 184.

500. Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton University Press, Princeton, 1970, pp. 29-30; versión castellana de Horacio Vázquez Rial, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Ariel, Barcelona, 1981. Martin M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1981, p. 74.

a actuar como jurados.⁵⁰¹ Con el tiempo, también se beneficiaron de las economías de escala y de alcance. La administración de justicia requería personal, conocimientos y formación. Los primeros funcionarios nacionales eran reclutados por los tribunales reales que habían empezado a recopilar normas consuetudinarias y a establecer un cuerpo de precedentes, por lo que la forma escrita era obviamente una condición previa indispensable. Cada década aumentaba el número de especialistas legales formados en los precedentes legales, los cuales eran nombrados jueces a lo largo y ancho del reino.

El *common law* (derecho común) recibe este nombre porque no es particularista. Es decir, los miles de normas consuetudinarias que regían en las diferentes regiones de Inglaterra fueron sustituidas por un único derecho común, en el cual, un precedente en una parte del reino era aplicable al resto del territorio (principio de *stare decisis*). La ley era aplicada por una red de jueces, los cuales trabajaban dentro de un sistema legal unificado que era mucho más sistemático y formal que el mosaico de reglas consuetudinarias que predominaba anteriormente. Es cierto que el *common law* se construía sobre precedentes sentados por el derecho consuetudinario, pero el aumento del poder estatal creó todo un conjunto de nuevas situaciones para las cuales las reglas consuetudinarias no resultaban adecuadas. Por ejemplo, las infracciones que anteriormente eran compensadas por el pago de un *wergeld* por parte del grupo familiar del infractor, eran ahora objeto de una acción penal por una tercera parte, ya fuese el señor de la heredad local o el propio rey. Los tribunales del rey pasaron a ser también los lugares donde protocolizar asuntos no contenciosos como el registro de propiedades y las transmisiones de tierras.⁵⁰²

De manera que el *common law* representó una interrupción en el desarrollo legal inglés. Si bien debía de precedentes anteriores, nunca se habría convertido en la ley del país de no haber sido por la conquista normanda, la cual desplazó a las antiguas

noblezas danesa y anglosajona y estableció una única fuente, cada vez más poderosa, de autoridad centralizada. La posterior evolución del *common law* puede haber sido un proceso espontáneo, pero su existencia como marco para la toma de decisiones legales exigía un poder político centralizado para llevarlo a cabo.⁵⁰³

El historiador Joseph Strayer sostiene que en la época medieval, los primeros Estados estaban contruidos alrededor de sistemas legales y financieros, en lugar de alrededor de organizaciones militares, incluso a pesar de que las necesidades de movilización militar impulsaran la construcción estatal a finales de la Edad Moderna. De hecho, en cierto sentido, las instituciones legales precedieron incluso a las financieras, ya que los tribunales reales constituían una de las fuentes de ingresos más importantes del rey. La capacidad del rey de administrar una justicia igualitaria —en contraposición al diferente varemo para determinar los *wergelds* en función del estatus social de las víctimas de un delito según la ley consuetudinaria— era lo que aumentaba su prestigio y autoridad.⁵⁰⁴ Como en la tradición monárquica de Oriente Próximo, el rey no era considerado necesariamente el caudillo principal y más confiscatorio. También era el protector de los derechos de aquellos que podían ser víctimas de la avaricia de los señores locales, así como un administrador de justicia.

Esta función legal del Estado central resultaría extremadamente importante para el posterior desarrollo de los derechos de propiedad en Inglaterra, y, por consiguiente, para la legitimidad del propio Estado inglés. Los tribunales señoriales tuvieron jurisdicción exclusiva sobre las transacciones con sus arrendatarios, tanto libres como privados de libertad, hasta aproximadamente el año 1400, lo cual era más o menos como poner a la zorra a vigilar las gallinas en lo que se refiere a conflictos sobre propiedad. Gradualmente, sin embargo, los tribunales reales hicieron valer su autoridad sobre esos temas. A principios del siglo XIII, se impuso que el rey ejerciese la jurisdicción sobre to-

501. Paul Brand, «The Formation of the English Legal System, 1150-1400», en Antonio Padua-Schioppa (ed.), *Legislation and Justice*, Clarendon Press, Nueva York, 1997, p. 107.

502. *Ibidem*, p. 108.

503. Sobre este punto, véase Arthur T. von Mehren, *The Civil Law System: Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Little, Brown, Boston, 1957, pp. 7-11.

504. Strayer, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*.

dos los asuntos temporales en el reino, y a los tribunales inferiores se les concedió jurisdicción únicamente por delegación. Los de mandantes preferían llevar sus causas ante los tribunales reales, y, con el tiempo, los tribunales señoriales perdieron su jurisdicción sobre las disputas acerca de la tenencia de tierras en favor de aquellos.⁵⁰⁵ Esta preferencia, impulsada por el mercado, indica que los tribunales reales debieron de ser considerados más justos y menos tendenciosos a favor de los señores locales, así como más aptos para imponer sus decisiones.

En otros países de Europa no se produjo un cambio parecido. En Francia, concretamente, los tribunales señoriales mantuvieron su jurisdicción sobre asuntos relacionados con la tenencia de la tierra hasta la Revolución francesa. En cierto sentido, resulta irónico, puesto que se consideraba que los reyes franceses del siglo XVII, como Luis XIII y Luis XIV, a diferencia de sus homólogos ingleses, habían truncado el poder de la nobleza para reafirmar su poder absoluto. Sin embargo, el poder que se dejó en manos de la nobleza provincial fue la jurisdicción sobre tribunales locales. Sir Henry Maine, en su ensayo «Francia e Inglaterra», señala que, tras el estallido de la revolución, se quemaron castillos en toda Francia, y que el primer objetivo de las llamas fueron las salas donde se almacenaban los títulos de dominio. A diferencia del campesinado inglés, el francés pensaba que los títulos de propiedad de los terratenientes eran ilegítimos porque los tribunales estaban controlados por señores locales y eran, por tanto, parciales.⁵⁰⁶

Este último ejemplo ilustra un punto importante acerca de la naturaleza del principio de legalidad. El principio de legalidad se basa en la propia ley y en las instituciones visibles que la administran —jueces, abogados, tribunales, etcétera. También

505. Brand, «Formation of the English Legal System», p. 104.

506. Maine, *Ancient Law*, pp. 296-328; versión castellana *El derecho antiguo*. De hecho, durante el siglo XVII, el Estado francés había apoyado cada vez más las reivindicaciones campesinas contra los señores locales, erosionando incluso sus privilegios aristocráticos. Tal como sugiere Tocqueville, ello condujo a un consiguiente aumento de las expectativas de los campesinos que alimentó su rabia ante las desigualdades. Véase Hilton Root, *Peasants and King in Burgundy: Agrarian Foundations of French Absolutism*, University of California Press, Berkeley, 1987, pp. 20-21.

se basa en los procedimientos formales mediante los cuales operan dichas instituciones. Sin embargo, el correcto funcionamiento del principio de legalidad es un tema tan normativo como institucional o procedimental. En una sociedad pacífica, la inmensa mayoría de las personas obedecen la ley, y no tanto porque realicen un cálculo racional sobre costes y beneficios y teman el castigo en caso de incumplimiento; la obedecen porque creen que la ley es fundamentalmente justa, y están acostumbrados moralmente a cumplirla. Están mucho menos inclinados a obedecer la ley si creen que es injusta.⁵⁰⁷

Incluso una ley percibida como justa será considerada injusta si se aplica de manera desigual, si los ricos y poderosos quedan exentos de ella. Podría parecer que la carga vuelve a recaer sobre las instituciones y los procedimientos y en su habilidad para administrar justicia de manera equitativa. Sin embargo, aquí sigue habiendo una importante dimensión normativa en juego. ¿Cómo puede una simple institución obligar a los ricos y poderosos si, en cierta medida, estos no creen en la necesidad del autocontrol o, al menos, en la necesidad de controlar a otros como ellos? Si los jueces, los fiscales y la policía pueden ser corrompidos o intimidados, como sucede en muchos países donde el principio de legalidad no es muy sólido, ¿qué diferencia marca la existencia de la institución formal?

La religión fue esencial para el establecimiento de un orden normativo legal aceptado tanto por los reyes como por la gente corriente. Pollock y Maitland escriben que el rey no está por encima de la ley: «La teoría de que en cada Estado debe haber un hombre o un conjunto definido de hombres por encima de la ley, algún "soberano" sin deberes ni derechos, habría sido rechazada [...]. Nadie suponía que el rey, ni siquiera con el consentimiento de los prelados y barones ingleses, pudiera alterar el *common law* de la Iglesia católica». ⁵⁰⁸ El rey estaba constreñido por el hecho de que sus súbditos se rebelarían contra cualquier acción que considerasen injusta. Sin embargo, lo que consideraban injusto y lo que provocaría una movilización en contra del

507. Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.

508. Pollock y Maitland, *The History of English Law*, p. 182.

rey dependía a su vez de la percepción de que éste estuviera actuando dentro o fuera de la ley.⁵⁰⁹

Pero una normativa justa requiere también poder. Si el rey no estaba dispuesto a imponer la ley contra las élites del país, o bien si carecía de la capacidad para hacerlo, la legitimidad de la ley quedaría en entredicho, independientemente de que proviniese de la religión, la tradición o la costumbre. Éste es un punto que se les escapa a Hayek y a sus seguidores libertarios: el *common law* puede ser obra de jueces dispersos, pero no habría existido ni habría sido aplicado sin un Estado centralizado fuerte.

Inglaterra realizó una pronta y admirable transición de un sistema consuetudinario a un sistema legal moderno, lo que constituyó la base de la legitimidad del propio Estado inglés. Otros países europeos hicieron una transición parecida en el siglo XIII, pero basada en un sistema legal completamente diferente, el derecho civil derivado del Código de Justiniano. La clave de esta transición en el continente fue el comportamiento de la Iglesia católica. Esa historia, y cómo la Iglesia se diferenció de las instituciones religiosas de la India y del mundo musulmán, son el tema del siguiente capítulo.

509. Martin Shapiro afirma que la independencia judicial inglesa se ha exagerado siempre, y que los ingleses siempre han tenido una creencia compenetrada en la soberanía unificada del rey en el Parlamento. Véase Shapiro, *Courts*, pp. 65-67.

