

CAPÍTULO 8

CRISIS Y REINVENCIÓN DEL *COMMON LAW*

En el siglo XVI, Inglaterra experimentó un período de conflictos religiosos, políticos, sociales y económicos particularmente virulento. Un enfrentamiento con el papado condujo al establecimiento de la Iglesia anglicana. Como el rey Enrique VIII no tuvo descendencia masculina, el país sufrió una continua crisis sucesoria, con varias facciones apoyando cada una a un contendiente diferente. El desacuerdo respecto a la identidad del heredero legítimo conllevó cuestionar no solo quién era el correcto sucesor, sino también quién poseía la autoridad para decidir sobre semejantes cuestiones. La Reforma, que dividió a los ingleses en católicos y protestantes, también produjo múltiples sectas protestantes, y las luchas políticas con frecuencia se convirtieron en rivalidades confesionales y viceversa. En el siglo XVII, estos problemas se vieron acompañados por debates relativos a las consecuencias jurídicas de una unión entre Escocia e Inglaterra (1603), principalmente si la ascensión de un rey escocés al trono inglés debería provocar la unificación legal. También requería decidir cómo reaccionar después de que el rey, tras su coronación, declarase que todas las leyes antiguas quedaban *ipso facto* nulas y sin

efecto. El rey (Jacobo I) también determinó que los monarcas estaban por encima y no por debajo de la ley, y solo debían rendirle cuentas a Dios. En vez de recibir su autoridad del pueblo, y en vez de estar vinculados a este pueblo por alguna clase de pacto por el cual se les pudiese hacer responsables, eran divinamente designados.

Además de esta compleja constelación, había una confrontación progresiva entre el monarca y el Parlamento. Como en 1611 el rey Jacobo disolvió el Parlamento, en los años posteriores la lucha contra las pretensiones de Jacobo se canalizó sobre todo a través de los tribunales de *common law*, donde Edward Coke, presidente del tribunal (*chief justice*), pero también muchos otros, creía que como los reyes estaban por debajo de la ley y no por encima de esta, ellos, los jueces, podían censurar sus actividades. La lucha de poder que se originó a partir de este momento continuó en el reinado de Carlos, el hijo de Jacobo. Condujo a la destitución de varios jueces prominentes (Coke incluido), la recusación de otros y la abolición de ciertos tribunales. También produjo tensiones en el seno del propio sistema judicial, pues los tribunales de *common law* se veían como sostenedores del Parlamento, cuyas alegaciones ellos respaldaban, en tanto que a los jueces de *equity* se les percibía como estrechamente asociados a la monarquía. Contrariamente a los jueces del *common law*, los jueces de *equity* estaban sobre todo formados en derecho romano o canónico. Dispensaban remedios extraordinarios donde el *common law* no se pronunciaba o era inadecuado; por definición, ejercían una jurisdicción que posibilitaba la ampliación de los poderes reales más allá del ámbito del *common law*¹. Estas características permitieron que muchos abogados y jueces del *common law* viesen a los jueces de *equity* como aliados de las pretensiones reales. Argumentaban que los jueces de *equity* seguían un sistema jurídico foráneo (derecho romano y canónico) que era peligroso, no solo desde el punto de vista político, sino también religioso y cultural. La declaración de Jacobo de 1616, de que cuan-

¹ Véase el capítulo 6.

do la *equity* y el *common law* entrasen en conflicto, la *equity* debía prevalecer, no mejoró estas difíciles relaciones.

Combinado con las revueltas escocesas e irlandesas y una invasión extranjera, este enredo ocasionó una guerra civil, en la que los ejércitos que representaban al rey Carlos I entraron en combate con los que representaban al Parlamento. En 1648, tras un período de absoluta anarquía, el Parlamento, acusando al rey de romper su pacto con el pueblo, lo declaró culpable de alta traición y lo sentenció a muerte. El monarca fue ejecutado en 1649, la monarquía y la Cámara de los Lores fueron abolidas y una república (la Mancomunidad [*Commonwealth*] de Inglaterra) fue instituida bajo la jefatura del comandante militar del Parlamento, Oliver Cromwell. La monarquía fue restaurada en 1660 en la persona del hijo de Carlos, pero la relación entre el rey y sus súbditos había cambiado para siempre.

Aunque la guerra civil inglesa acabó con victoria para el Parlamento, las cuestiones que habían perturbado la vida política y religiosa antes de 1649 no estaban resueltas. En 1688, en respuesta a los temores de que un contendiente católico heredase la corona, el Parlamento invitó al holandés príncipe de Orange, Guillermo, que estaba casado con María, la hija protestante del rey, a gobernar el país. Tras acusar al monarca de abusar de sus poderes, Guillermo partió para Inglaterra y se enfrentó al rey Jacobo militarmente. Derrotado en el campo de batalla, Jacobo abandonó el país. El Parlamento declaró el trono vacante y propuso a Guillermo y María que lo ocupasen. La invitación, sin embargo, era condicional. Los términos bajo los cuales el reinado de Guillermo y María sería aceptado fueron detallados por el Parlamento. El documento de 1689 que llegó a ser conocido como la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), enumeraba, entre otras cosas, importantes restricciones sobre lo que los reyes podían hacer.

Los historiadores vuelven la vista a este período para explicar el origen de una nueva modernidad que se dijo había aparecido en Inglaterra en los siglos XVI y XVII. Explican las ideologías, las estrategias, los intereses, las culturas y las prácticas que justificaron esta época convulsa y siguen el rastro de los individuos y las redes que

fueron responsables de su génesis. En el apartado siguiente pregunto qué estructuras legales facilitaron estas innovaciones y cómo cambió el derecho en consecuencia.

Insatisfacción con el sistema jurídico

Como hemos visto, la aparición del *common law* en los siglos XII y XIII fue una consecuencia directa del desarrollo de un sistema judicial real. La expansión de la jurisdicción real por todo el reino requería adoptar normas que estipulasen quién podía acceder a los tribunales reales, en qué tipos de procesos y cuáles serían los procedimientos. Estas normas se materializaban en órdenes reales denominadas *writs*, que ordenaban a los funcionarios reales escuchar a ciertos litigantes de determinadas maneras. Aunque en teoría los funcionarios reales iban a aplicar un derecho preexistente, como los *writs* se multiplicaban, se convirtieron en una herramienta importante para la creación legal. La concesión de un recurso —la capacidad de presentar una demanda ante un tribunal— se pensaba que generaba un derecho, y a la inversa, la incapacidad de hallar un remedio se entendía como una negación del derecho.

Este sistema de jurisdicción real que ahora llamamos *common law*, y que había crecido de manera exponencial durante los siglos XII y XIII, fue cuestionada en el siglo XIV. La feroz oposición por parte de los barones y los señores feudales a la continua expansión de los poderes regio condujo a los sucesivos monarcas a prometer que interrumpirían la creación de nuevos *writs*. Pero a los funcionarios reales les resultó difícil adaptar los recursos disponibles a las necesidades de una sociedad en evolución constante. La presión para reformar el sistema hizo que los reyes autorizasen a la Cancillería para que interviniera en los casos nuevos (para los que no hubo *writs*) otorgando remedios excepcionales porque la justicia así lo exigía. La legislación real en forma de estatutos también intervino en el sistema jurídico, creando nuevas reglas y procedimientos.

La progresiva complejidad de estas disposiciones legales, hechas a partir de una gran variedad de fuentes, hizo que algunos se quejaran en los siglos XVI y XVII de que el sistema jurídico era demasiado rígido. Otros sostenían que era demasiado opaco. Los recursos y los procedimientos existentes, argumentaron, no eran obvios para los no iniciados y a menudo resultaban difíciles de entender incluso para los expertos. El uso del latín y el francés en vez del inglés vernacular y la adopción de un estilo particular de anotación en los tribunales (llamada *court-hand*) hicieron que el trabajo de los jueces fuese particularmente difícil de seguir. Demasiados cambios parciales se introdujeron sin sistematización. Todo esto tuvo como resultado un sistema jurídico que se caracterizaba por una gran incertidumbre y era sumamente caro, ineficaz y a menudo inaccesible, hasta el punto de ser disfuncional.

Los contemporáneos también se quejaban de la coexistencia de una multiplicidad de jurisdicciones, tribunales y sistemas normativos radicalmente diferentes en la isla. El *common law* y la *equity* eran los sistemas que seguían los tribunales reales, pero paralelos a ellos había cientos de tribunales feudales, eclesiásticos y municipales, y cada uno obedecía reglas, procedimientos y normas radicalmente diferentes. Esta pluralidad normativa se consideraba normal en la Edad Media, cuando el sistema real de tribunales se estableció por primera vez. Durante este período, la mayoría de los abogados, jueces e intelectuales creían que era ventajoso porque permitía flexibilidad y reflejaba correctamente la complejidad de una sociedad en la que los reyes eran considerados superiores a los poderes urbanos y feudales que, no obstante, permanecían (casi) intactos. Sin embargo, con la llegada de la modernidad, la aceleración de la actividad económica y el incremento de la inmigración, muchos comenzaron a insistir en poner algo de orden en lo que ahora se percibía como caótico. Sugirieron la necesidad de racionalizar el derecho, sistematizar el conocimiento acumulado y clarificar las jerarquías entre las normas y las jurisdicciones con el propósito de garantizar una certidumbre y legibilidad mayores.

Cuestionar la justicia real

Aunque fue considerable, la crítica de la opacidad, la dificultad y la pluralidad normativa en un principio no representó un golpe al corazón del sistema del *common law*. La mayoría de los jueces, abogados e intelectuales sugirieron que cierto grado de reforma sería suficiente para hacer que la situación fuese más tolerable. Sin embargo, en los siglos XVI y XVII, un elemento potencialmente mucho más peligroso vino a sumarse: las críticas contra la monarquía en medio de una grave convulsión religiosa y política. Esto supuso una seria amenaza al *common law*, cuya expansión durante los siglos XII, XIII y XIV estuvo directamente vinculada al prestigio de la monarquía. Dicha expansión se basaba en la suposición de que lo litigantes hallarían una justicia más justa, imparcial y eficaz en los tribunales reales que en todas las otras instancias judiciales y administrativas. Si la jurisdicción real creció durante este período de formación, fue porque el rey estaba dispuesto a ocuparse de impartir justicia y porque sus vasallos le pedían que lo hiciera. Cuanto más recurrían a la jurisdicción real, evitando los tribunales feudales y urbanos, más rápidamente se creaban los *writs* y mayor era el alcance del *common law*.

No obstante, en los siglos XVI y XVII, quién debía ser rey (o reina) se convirtió en tema de debate. La discordia con respecto a cómo identificar al legítimo pretendiente del trono fue acompañada por el desacuerdo sobre si el monarca reinante actuaba como debía o si había abusado de sus poderes (una cuestión planteada con relación a Carlos I y Jacobo II). También se discutían otras cuestiones fundamentales, como si los reyes estaban sujetos a las leyes o eran superiores a ellas, y si podían cambiarlas o requerían el consentimiento del Parlamento. Los conflictos entre el *common law* y los jueces de la *equity* se sumaron a estas tensiones, al poner a los funcionarios reales en conflicto unos con otros, permitiendo interpretaciones que a menudo eran totalmente contradictorias y que trasladaron gran parte del debate político al ámbito de los tribunales. ¿Debió el *common*

law, que tenía sus propios profesionales y reglas que principalmente respaldaban al Parlamento, prevalecer sobre la *equity* —en su mayor parte controlada por los juristas del derecho romano y canónico que respaldaban al rey— o debería ser a la inversa? ¿Podría un rey que estaba insatisfecho con el sistema jurídico revisarlo, o incluso sustituirlo? ¿Una maniobra semejante sería permisible o completamente ilegal? Durante el siglo XVII, la conclusión de que el monarca era un tirano condujo a la ejecución de un rey (Carlos I) y la deposición de otro (Jacobo II).

Estos acontecimientos cuestionaron algunos de los supuestos básicos relativos a la superioridad de la justicia real. Con la monarquía desacreditada, los juristas ingleses trataron de rescatar al *common law* de su dependencia tradicional de la corona de modo que la crítica contra el monarca no dañase la reputación del sistema legal. También procuraron supeditar la *equity* al *common law*. Para obtener estos resultados, se propusieron reinventar lo que era el *common law* y por qué y cómo era importante.

Respuesta jurídica a la crisis

En respuesta a estas presiones, en los siglos XVI y XVII los juristas ingleses adoptaron tres medidas para reformar y salvaguardar el *common law*. Aunque en un principio estas medidas no fueron consensuadas y los proponentes de sus diversas partes no se pusieron de acuerdo sobre lo que significaban, a largo plazo lograron ganar aceptación y cambiaron las visiones de los contemporáneos (y de las generaciones posteriores) hasta un grado asombroso.

El primer paso fue distanciar el *common law* del rey, argumentando que este sistema, en vez de ser el producto de la intervención real, se basaba en un derecho consuetudinario anterior a la Conquista Normanda. Aunque lo descubriesen los jueces reales al juzgar conflictos y aunque estuviese sometido a la autoridad del rey, este derecho lo creó la comunidad y reflejaba sus normas antiguas. El segundo

paso fue concluir que el *common law* era el único sistema importante que había existido jamás en la isla, siendo todas las otras jurisdicciones y tribunales —incluida la *equity*— inferiores y supeditadas a aquel. El tercer paso afirmaba que el *common law* incluía normas que sostenían el poder real pero también limitaban lo que podía hacer el rey. El acuerdo comunal para obedecer al monarca, decían los juristas, se daba solo en la medida en que él respetase los privilegios y derechos consuetudinarios de los individuos y las comunidades.

Juntas, todas estas acciones, que se explican con mayor detalle más adelante, cambiaron de forma considerable el significado y la esencia del *common law*. Aunque requirieron una amplia reescritura de la historia jurídica inglesa, su éxito fue tan espectacular que en los siglos XVIII y XIX su reinterpretación ya no era motivo de controversia. En esa época, los juristas en Inglaterra y en el extranjero se referían al *common law* como el único sistema jurídico de importancia en Inglaterra, y determinaron que reproducía un derecho consuetudinario que incluía disposiciones constitucionales.

Solo en décadas recientes los historiadores han comenzado a poner en duda estas conclusiones. Cuestionan si el *common law* era consuetudinario, señalan la importancia de las jurisdicciones local, urbana, feudal y eclesiástica que regían en Inglaterra junto con los tribunales reales y la todavía relativa independencia de la *equity*, y demuestran el grado al cual las disposiciones constitucionales que reivindicaban los autores del siglo XVII se basaban en una lectura del pasado restrictiva y a menudo descaminada (pero siempre interesada).

El primer paso: Hacer al common law independiente del rey

La conciencia de que los acontecimientos políticos de los siglos XVI y XVII ponían potencialmente en riesgo la base misma del *common law* llevó a los juristas ingleses a proponer una nueva, ingeniosa y, hasta cierto punto, interesada lectura de la tradición jurídica inglesa.

De acuerdo con las necesidades de la época, su propósito era hacer que el derecho fuese independiente del rey, poner restricciones a las actividades reales y situar a los jueces del *common law* en el centro del sistema político. Pese a que esta lectura incluía una historia bastante ficticia que cambiaba por completo la comprensión más básica de lo que era el derecho, debido a su enorme utilidad política y a su sofisticación intelectual, pronto se convirtió en el relato clásico sobre cómo surgió el *common law* y lo que este incluía.

Esta nueva narrativa, principalmente atribuida a Edward Coke (1552-1634), aunque sin duda comenzara antes de él y continuara después, y que compartieron muchos de sus coetáneos en un grado u otro, sugería que el *common law* no lo creaba el rey por medio de la creación de *writs*. En su lugar, en el núcleo de este sistema había un derecho consuetudinario que era previo a la invasión normanda y la institucionalización de los tribunales reales en los siglos XII y XIII. Este derecho consuetudinario, antiguo hasta el punto de ser inmemorial, esto es, ya no se recordaban sus inicios, dominaba la isla antes de que llegaran los normandos. De origen anglosajón (es decir, germánico) en vez de romano, dicho derecho consuetudinario fue reconocido por los normandos, quienes en una serie de confirmaciones sucesivas prometieron adherirse a él. Como con todos los derechos consuetudinarios, en vez de haber sido impuesto por los reyes, este había sido obra de la comunidad; y en vez de haber sido creado en los tribunales reales, los jueces únicamente lo descubrían y luego lo hacían respetar. El *common law*, en resumen, no era una imposición normanda. Era un auténtico derecho autóctono.

Esta reinvención de lo que era el *common law* posibilitó la idea de un sistema legal que ya no dependiera del rey. Según este relato, los monarcas ingleses y sus jueces tenían que obedecer este derecho no solo porque era consuetudinario, sino también porque habían prometido constantemente que lo harían. De hecho, las revoluciones del siglo XVII fueron una demostración de lo que ocurría cuando los reyes se negaban súbitamente a continuar respetando

este antiguo derecho consuetudinario y en su lugar pretendían introducir cambios legales. Los reyes que violaban los acuerdos consuetudinarios con sus súbditos eran tiranos y se merecían la deposición, incluso la muerte.

El objetivo final de esta nueva reinterpretación no era solo disociar al derecho del rey, con el argumento de que él no se encargaba de crearlo, sino también situar a los jueces del *common law* en el núcleo del sistema jurídico. Según esta interpretación, estos jueces ya no eran sirvientes reales que dispensaban justicia para el rey al seguir sus instrucciones (los *writs*). Ellos se encargaban de identificar las normas (costumbres) preexistentes y aplicarlas. Eran un bastión que aseguraba la supervivencia del auténtico derecho del país y resistía la presión real para cambiarlo (cuando esta se producía). Los jueces del *common law* también eran miembros de un organismo autónomo que tal vez dependiera administrativamente del rey pero que legalmente obedecía solo a la ley.

Para sostener esta impresionante transformación y crear esta ficción, Coke y otros juristas tuvieron que modificar no solo el carácter del *common law*, sino también su interpretación de la historia. El argumento de que el *common law* era un derecho consuetudinario anterior a la llegada de los normandos requería, entre otras cosas, rescribir la historia de la Conquista Normanda. En su esfuerzo por hacer eso, los juristas sugirieron que no hubo verdadera conquista, ya fuese porque los normandos eran (o podían ser vistos como) legítimos herederos al trono o porque nunca actuaron como verdaderos conquistadores. En vez de abolir los derechos de los nativos, como era habitual en los casos de conquista, los normandos consintieron someterse al orden normativo existente, actuando como legítimos herederos que continuaban el estado normal de las cosas en vez de alterarlo. Al convertir la Conquista Normanda en un «no acontecimiento», estos juristas argumentaban, pues, que desde un punto de vista legal no señalaba ningún momento transformador. Legalmente, era como si nunca hubiera sucedido, porque no había cambiado los principios básicos del derecho inglés.

En cierta forma extraña, esta reinterpretación reiteraba las afirmaciones ya hechas por los primeros reyes normandos, quienes de hecho sugirieron que su principal objetivo era garantizar la continuación del ordenamiento jurídico. Pero pasaba por alto la revolución legal que había tenido lugar en Inglaterra en los siglos XII, XIII y XIV, realmente el nacimiento del *common law*. Sugería en su lugar que la institución de los tribunales reales y el desarrollo de un sistema de *writs* formaban una continuidad con los tiempos antiguos en vez de introducir un cambio profundo.

Si negar la conquista apoyaba la antigüedad, así como la continuidad del *common law*, también era un poderoso argumento contra las ambiciones de los monarcas del siglo XVII. Tras su ascensión al trono inglés (1603), Jacobo I de Escocia esperaba unificar ambos reinos imponiendo un nuevo régimen jurídico o al menos modificando sustancialmente el existente. La respuesta de los juristas ingleses que se oponían a dichas medidas fue que incluso los normandos no se habían atrevido a hacer eso. Ni se atrevieron los muchos gobernantes y reyes que habían invadido sucesivamente la isla desde la época de los romanos hasta que llegaron los normandos. En vez de eso, preservaron el derecho existente.

La nueva ficción, según la cual el *common law* no era un conglomerado de mandatos y procedimientos judiciales seguido por abogados sino un derecho consuetudinario anterior a la llegada de los normandos, facilitó profundas transformaciones ideológicas. El *common law* ya no era «común» porque fuese instituido por el rey y se aplicase por igual a todos sus vasallos o porque fuese creado por los jueces y abogados que trabajaban en los tribunales ordinarios. Era «común» porque se decía que se había originado en la comunidad. Como todos los demás regímenes consuetudinarios, surgió de manera espontánea de los miembros de la misma. Característico de ellos y representando su espíritu, era por necesidad profundamente diferente de todos los demás sistemas jurídicos de otras partes. No representaba la voluntad de un solo individuo (el rey), sino la experiencia y sabiduría de muchas generaciones, y se decía que respondía

perfectamente a las necesidades de la sociedad. Este derecho consuetudinario era fundamentalmente oral porque se basaba en la forma en que se comportaban los miembros de la comunidad y en lo que ellos creían que era normativo.

Debido a que se originó en época anglosajona en vez de normanda, este derecho formaba parte de una tradición germánica y no romana. Creado en la Alta Edad Media mucho antes del renacimiento del derecho romano en Europa (en los siglos XI y XII), era (o debía ser) inmune a la influencia del derecho canónico y el derecho romano, que ahora se consideraban profundamente foráneos. Estas características explicaron el rechazo de Coke a las sugerencias de introducir parte del derecho romano en Inglaterra y la facilidad con la cual podía criticar al tribunal de la Cancillería, donde se reunían los expertos de este derecho ahora aparentemente extranjero. La nueva concepción del derecho inglés como germánico permitió presentar el *common law* como un instrumento diferente del poder papal y capaz de resistir a él, sobre todo la usurpación de la prerrogativa real por parte de la Iglesia.

Aunque sumamente radicales, incluso revolucionarias, cuando se propusieron por primera vez, estas ideas hallaron amplio apoyo entre los juristas ingleses. Por ejemplo, William Blackstone (1723-1780), autor de los *Commentaries on the Law of England* (1765-1769), el manual jurídico más popular de los siglos XVIII y XIX, coincidía con este análisis. Él también tenía entera confianza en la hipótesis de que el *common law* estaba fundamentalmente hecho de costumbres no escritas que se originaron en tiempos anglosajones, antes de la llegada de los normandos en el siglo XI. Dichas costumbres, según él, eran tan «antiguas como los britones primitivos» y seguían «iguales e inalteradas». Blackstone también coincidía en que, a pesar de las conquistas, las invasiones y la inmigración por parte de romanos, sajones, daneses y normandos, Inglaterra nunca experimentó «ningún intercambio formal de un sistema de leyes por otro»². La iden-

² William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford, Clarendon Press, 1765-1769), introducción, sección tercera, 65.

tidad de sus habitantes cambiaba constantemente, al igual que sus gobiernos, pero sus leyes se conservaban inalteradas.

Paradójicamente, los historiadores sugieren que a pesar de la insistencia en la oralidad de la ley, la reinterpretación del *common law* que hizo Coke tuvo un especial éxito porque se publicó y circulaba en forma escrita. Coke utilizó la imprenta —sobre todo editando informes (*reports*) sobre procesos judiciales escogidos— para impulsar su proyecto de reformas. Dirigiéndose deliberadamente a los abogados y esperando contribuir a su conocimiento del derecho y a su identidad como grupo, Coke aportó una serie de reglas y explicó su razonamiento para propagar entre sus lectores la idea de que el *common law* era antiguo y superior. Sus informes fueron sumamente influyentes en las posadas (*inns*) donde los abogados se reunían para discutir cuestiones legales y entre los estudiantes de derecho. Ellos permitieron a Coke transformar su opinión personal en un dominio público de lo que era el *common law*. A través de estas publicaciones se convirtió en una autoridad a tal grado que parecía que el «*common law* era lo que sir Edward Coke dijo que era»³.

En el siglo xvii, por tanto, los juristas ingleses elaboraron una teoría que les permitió proteger al *common law* de la agitación política de su tiempo o incluso utilizar esta agitación para reforzar su importancia. Liberando este derecho de su dependencia del rey y sus mandatos, dichos expertos situaron a los tribunales en el centro del sistema normativo porque creían que los jueces ejercían el poder para identificar lo que este incluía. Por tanto, aunque el derecho era obra de la comunidad en un proceso lento, espontáneo y apenas perceptible que se tardaba siglos en completar, los jueces, ahora encargados de implementarlo, pasaban a ser responsables no solo del descubrimiento de esta auténtica normatividad consuetudinaria, sino también de su salvaguarda.

Esta reinterpretación de lo que era el *common law* también resolvía potencialmente otro espinoso asunto que obsesionó a muchos en

³ Mark Kishlansky, *A Monarchy Transformed: Britain, 1603-1714* (Londres, Penguin, 1996), 37.

la Inglaterra de la época, es decir, qué ocurriría con el *common law* si el trono quedara vacante. La respuesta fue que tal vez los tribunales necesitaban un rey, pero el derecho podía existir con independencia de él y de hecho así había sido durante muchas generaciones. Al sostener estos argumentos ficticios y propagarlos, los juristas ingleses de los siglos XVI y XVII disfrazaron un cambio profundo bajo una máscara de continuidad, argumentando que en vez de innovar (como hacían) simplemente se limitaban a restablecer aquello de lo que el rey se había apropiado de forma injusta e ilegal.

El tercer paso: La antigua Constitución

Los jurisconsultos del siglo xvii argumentaron que un componente importante del llamado derecho consuetudinario inglés eran las normas que gobernaban la relación entre los individuos, la comunidad y el rey. Según esta proposición, en una larga sucesión de confirmaciones formales y rituales los reyes normandos prometieron respetar el sistema jurídico anglosajón. Estas confirmaciones se reinterpretaban ahora de modo que incluían un pacto solemne, o una «antigua constitución» (*ancient pact*). Este pacto abarcaba una promesa real de someterse a las estructuras y leyes existentes y un acuerdo comunal de lealtad y obediencia al monarca. Aunque este argumento apoyaba la autoridad real en algunos sentidos —incluía el deber de los súbditos de obedecer al monarca, y legitimaba las órdenes reales—, también limitaba lo que podía hacer el rey. Si este no cumplía su promesa, rompía el pacto, se convertía en un tirano y confería a sus vasallos el

derecho (incluso el deber) de oponerse a él. Y como estas disposiciones eran consuetudinarias, el rey no podía modificarlas.

El mito de las continuas confirmaciones, sin embargo, no decía gran cosa sobre los contenidos del supuesto pacto. Para identificar lo que incluía, los juristas ingleses del siglo xvii que creían en la oralidad del derecho consuetudinario buscaron no obstante evidencias documentales. Localizaron muchos textos históricos que, según ellos, contenían elementos centrales a dicho pacto. El más emblemático de todos era la Carta Magna (1215). A partir del siglo xvii la Carta Magna llegaría a simbolizar la promesa de la monarquía de hacer respetar la ley y acordar limitar sus poderes proporcionando juicio por medio de pares, prohibiendo la detención arbitraria y asegurando el consentimiento del reino para la recaudación de nuevos impuestos.

Cuestionar el tercer paso: ¿Por qué la Carta Magna?

La Carta Magna era una carta de derechos feudal. Escrita en latín, contenía un tratado de paz o un compromiso entre el rey y sus barones al final de un levantamiento civil. Principalmente centrada en el deseo de los barones de remediar lo que ellos percibían como un abuso real, la Carta Magna no representaba los intereses del «pueblo». En su lugar se refería a algunos de los aspectos más importantes de las relaciones feudales tales como el derecho a poseer tierra, las herencias, las deudas y los impuestos. Promulgada en una situación colonial en la que el rey y los barones eran normandos, y la mayoría de sus súbditos, anglosajones, la última cosa que la carta tenía interés en garantizar eran los derechos de los subordinados. Su objetivo consistía en asegurar la continuada colaboración entre el monarca y sus barones y hombres libres, quienes juntos conspiraban para mantener sometida a la población local.

Redactada como una respuesta real a una serie de demandas, la Carta Magna era larga y casuística. No contenía ninguna declara-

ción de principios y ninguna enumeración de normas, consuetudinarias o de otra clase. Cuando se promulgó, e incluso en los siglos posteriores, nadie pretendía que tuviese significación constitucional o que hubiera recurso en caso de infringirse. En vez de posibilitar los procedimientos judiciales, se consideraba un documento político que primero los barones y luego el Parlamento podían utilizar para presionar al rey.

Sin embargo, en el siglo xvii algunos autores identificaron la Carta Magna como la mejor prueba de lo que contenía la antigua constitución consuetudinaria de Inglaterra. Pasando por alto la mayor parte del documento y negándose a contextualizarlo o historizarlo, estos expertos centraron su atención únicamente en los pocos párrafos que se ajustaban mejor a las necesidades del siglo xvii. Entre estos se hallaba el capítulo 39, que declaraba que ningún hombre libre debía ser apresado o encarcelado excepto por el juicio legítimo de sus pares o por las leyes del país. En este párrafo, los juristas modernos hallaron confirmación a la idea del jurado (juicio por los pares) y el proceso con las debidas garantías (sentencia de acuerdo con las leyes del país). Afirieron que estos derechos fueron concedidos no solo a los barones sino a todos los ingleses, al margen de su condición. Algunos incluso indicaron que este capítulo constituía un precedente y una justificación del *writ* del *habeas corpus* que protegía a los individuos frente a una detención arbitraria. De similar importancia era el capítulo 12, que decía que los impuestos podían ser recaudados «solo por el consejo común de nuestro reino».

No solo esta lectura fue muy selectiva, también introdujo en la Carta Magna ideas que en su mayor parte se originaron en los siglos xvi y xvii. En un principio, no se entendió que la Carta Magna incluyera la promesa de procesos con jurado o el *habeas corpus*, por mencionar solo dos ejemplos. Tampoco hay razón para creer las interpretaciones del siglo xvii que vieron en la Carta Magna un instrumento por medio del cual el rey, enfrentándose al descontento de la nobleza, prometía limitar sus poderes restableciendo las leyes del país y las libertades de sus súbditos.

Muchos historiadores se han preguntado por qué y cómo se eligió a la Carta Magna para cargar con este enorme peso simbólico. Determinaron que cobró importancia en el siglo *xiv* y que su fama creció en los siglos *xvi* y *xvii*. Algunos sugirieron que como era un documento tan poco corriente y confuso, era bastante fácil leer sus diversas partes fuera de contexto. Otros argumentaron que fue elegida porque había sido escrita en el período de formación del *common law* y porque expresaba la protesta de los barones contra el establecimiento y la extensión de la jurisdicción real. Pero la mayoría de los historiadores cree que, por encima de estas consideraciones, la Carta Magna era simplemente un documento perfecto para servir a los propósitos de los actores del siglo *xvii*. Era perfecto porque se mencionaba constantemente en las negociaciones entre el rey y la nobleza y porque fue interpretada por diferentes leyes del Parlamento y confirmada por sucesivos monarcas. Era maleable y su interpretación cambiaba de forma constante mucho antes de que la adoptaran los juristas del siglo *xvii* y la convirtieran en un símbolo de las libertades inglesas.

Al margen de por qué la Carta Magna pasó a ocupar un lugar tan central en el relato de las sucesivas confirmaciones de un pacto político, el mensaje final estaba claro: si Inglaterra tenía una constitución antigua que era consuetudinaria, el rey estaba obligado a respetarla. Estas leyes consuetudinarias que enmarcaban las relaciones entre los reyes y sus súbditos ahora protegían las vidas y las propiedades de todos los ingleses. Eran una herencia que la presente generación debía disfrutar, conservar intacta y transmitir. Que la Carta Magna no incluyese ninguno de los elementos que se leían en ella ya no importaba.

El Parlamento como guardián del derecho consuetudinario

Inglaterra tuvo, pues, un derecho consuetudinario que era anterior a la Conquista Normanda y que los monarcas ingleses posteriormente hicieron respetar como parte de un pacto entre ellos y sus súbditos. Este pacto incluía muchas disposiciones fundamentales para la cons-

titución política del reino. ¿Pero quién aseguraría que el pacto sería respetado y mantenido?

En el siglo xvii, el Parlamento inglés se apropió de esta tarea. El derecho consuetudinario inglés, ahora se argumentaba, era progresivamente revelado por los jueces que, al resolver conflictos, también declaraban en qué consistía este. Pero los jueces no podían evitar la infracción de este derecho, solo podía hacerlo el Parlamento. Y era el más apropiado para esta tarea porque se trataba de una asamblea que representaba al reino. A partir de entonces, el Parlamento, que había comenzado como una reunión de cortesanos que asumían una amplia serie de actividades, entre ellas responder a peticiones, emitir órdenes y decidir sobre los impuestos, fue reconvertido en un órgano legislativo. Ahora se encargaba de introducir, articular y aprobar leyes destinadas a asegurar la primacía del sistema legal existente, teóricamente en colaboración con el rey. También se afirmaba la idea de que el rey ya no podía legislar por su cuenta, sino que debía hacerlo en colaboración con el Parlamento.

La progresiva afirmación del Parlamento y su reivindicación de poder fueron evidentes, por ejemplo, en la transición desde la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) (1628) hasta la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) (1689). La primera fue una solicitud sometida a Carlos I a cambio del consentimiento del Parlamento a los impuestos adicionales. Formulada como una petición, constató el acuerdo real, que fue presentado como una gracia. La petición citaba a varias autoridades para demostrar que ciertos derechos y libertades que se habían disfrutado en el pasado —tales como ningún impuesto sin representación y ningún juicio sin jurado o proceso con las debidas garantías— estaban siendo violados.

En 1689 (la Declaración de Derechos), la dinámica política había cambiado de manera radical. En vez de ser una concesión unilateral por parte del rey como la Petición de Derechos, la Declaración de Derechos era una solemne proclamación del Parlamento presentada a Guillermo y María tras su ascenso al trono. Una especie de ultimátum, colocaba al Parlamento en el centro del escenario, declaran-

do que este era una asamblea legítima que representaba legalmente al pueblo (una cuestión que no estaba en absoluto resuelta en ese momento). El documento censuraba al rey saliente (Jacobo II) por una conducta que violaba las verdaderas, antiguas e indudables leyes y libertades del país, y consentía en aceptar a los nuevos monarcas bajo la condición de que prometieran no hacer lo mismo. Las libertades enumeradas incluían la lista tradicional (jurado, garantías procesales, impuestos), pero también se enumeraban muchas normas que trataban de proteger al Parlamento de la intervención real. Como los nuevos monarcas estuvieron de acuerdo, el Parlamento los declaró rey y reina de Inglaterra. Con la Declaración de Derechos, el Parlamento se apropió no solo de la autoridad para garantizar los derechos de los ingleses, sino también de la capacidad para elegir monarcas y coronarlos. A partir de entonces, las acciones reales que contravinieran esos derechos serían no solo injustas, sino también ilegales.

Algunos juristas reaccionaron a la gradual afirmación de poderes del Parlamento reafirmando el papel central de los jueces. Adhiriéndose por completo a la idea de que el *common law* era consuetudinario, una de las ficciones que adoptaron fue que la legislación parlamentaria no podía cambiar el derecho. El derecho estatutario aprobado por el Parlamento, en consecuencia, solo podía «descubrir» en vez de crear el derecho. Declaraba qué era el derecho; no lo hacía. Esta ficción tuvo importantes consecuencias jurídicas. Implicaba que todos los actos legislativos debían interpretarse como pronunciamientos destinados, no a cambiar el ordenamiento jurídico, sino solo a aclararlo. No obstante, la prominencia del Parlamento en los siglos XVIII y XIX finalmente llevó a varios expertos, como Dicey en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), a la conclusión de que el Parlamento era soberano, y tenía la potestad de hacer o deshacer cualquier ley, sin que ninguna persona u organismo tuviera el derecho de descartar dichas normas⁷.

⁷ Solo en el siglo xx los jueces sí afirmaron claramente que la importancia de la legislación limitaba sus actividades porque no podían aplicar o desarrollar el *common law*

Otro método para garantizar la centralidad de los jueces fue la idea del precedente vinculante. La noción de que las decisiones judiciales previas podían o bien ilustrar el sentido de la ley o bien justificar un futuro fallo, ya estaba presente en Inglaterra en los siglos XIII y XIV y apoyaba la publicación y el estudio de los precedentes. Pero esta práctica no era obligatoria, y los jueces se podían negar a seguirla. Sin embargo, con el tiempo la tendencia a citar casos pasados aumentó de forma considerable. Fomentada por la imprenta, que permitía una mayor difusión de la jurisprudencia, una más intensa implicación de los jueces en la toma de decisiones y una creciente inscripción en los *Inns of Court*, esta tendencia llevó a jueces como Edward Coke a hacer frecuente uso de los precedentes judiciales, sugiriendo incluso que deberían tener una autoridad propia. Sumándose a la idea de que los expertos deberían confiar en su propio arte, en su opinión en el famoso caso Calvin⁸, Coke falló que para determinar lo que dictaba la ley, uno tenía que observar ejemplos, los precedentes, y las sentencias emitidas en procesos similares.

Sin embargo, hasta el siglo XVIII no se introdujo el precedente vinculante en los tribunales del *common law* y de *equity*, que obligaría a los jueces a seguir las resoluciones relevantes tomadas en el pasado. El precedente obligado, un medio de asegurar que la identificación del derecho consuetudinario por parte de los jueces se acumularía con el paso del tiempo, también cambió la naturaleza de la toma de decisiones judiciales. En vez de ser soluciones *ad hoc*, las resoluciones de los jueces ahora volvían a conceptualizarse como una larga cadena de decisiones judiciales que, durante muchas generaciones, declaraban y clarificaban la esencia del *common law*. Esta transformación autorizó nuestra concepción actual del *common law* como un derecho jurisprudencial; esto es, un sistema cuyos principios se pueden deducir estudiando procesos judiciales.

en formas que estaban en contradicción con el derecho según se había establecido en los estatutos (leyes del Parlamento).

⁸ Véase el capítulo 6.

¿Era Inglaterra un caso excepcional?

El reconvertir las normas locales en un derecho consuetudinario, la insistencia de que incluyeran un pacto constitucional y los intentos de emplear a ambos para limitar la autoridad real eran comunes a Inglaterra y el continente. También común era el entendimiento de que las costumbres podían contribuir tanto a confirmar el poder real (como en Francia) como a socavarlo. No obstante, en el siglo XVII los juristas ingleses comenzaron a insistir en que su sistema era radicalmente diferente de (y superior a) todos los otros sistemas normativos europeos. Esta superioridad se basaba en la afirmación de que Europa supuestamente seguía el derecho romano (*ius commune*), mientras que Inglaterra tenía un genuino derecho consuetudinario que reflejaba el espíritu de su pueblo.

Este retrato omitía las contribuciones de los juristas del *ius commune* a la creación e institucionalización del *common law* (véase el capítulo 6). También pasaba por alto el papel de los profesionales con formación universitaria en la construcción del sistema jurídico inglés. Ciertamente es que en el siglo XIV la mayoría de los jueces del *common law* ya no eran licenciados universitarios, pero estos seguían siendo admitidos a los *Inns* y eran empleados en el tribunal de la Cancillería, que dispensaba *equity*, y en los tribunales eclesiásticos. Los humanistas ingleses que aplicaban análisis filológicos y contextuales al estudio de las leyes también fueron profundamente influyentes. En efecto, los juristas y las ideas que venían del continente eran de tal importancia que gran parte de la actividad de los actores de los siglos XVI y XVII descrita en este capítulo se puede interpretar como una respuesta a esta influencia o al menos en diálogo con ella. Los actores ingleses de los siglos XVI y XVII tal vez hayan percibido de forma gradual los sistemas inglés y continental como distintos, pero también eran conscientes de su constante proximidad y su permeabilidad.

No obstante, pese a estas asombrosas semejanzas, y pese al continuado uso de términos, expresiones y doctrinas francesas o latinas

en Inglaterra, en los albores de la modernidad el mito del excepcionalismo inglés se mantuvo con fuerza. Se conserva a día de hoy, pese a la investigación histórica que insiste en las raíces comunes y que sugiere que si Inglaterra tomó un camino distinto, esto ocurrió principalmente en la modernidad, no en época medieval, y fue el resultado no tanto de lo que el derecho inglés realmente era sino de cómo fue reinventado.