

LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO*

FRIEDRICH A. HAYEK

La finalidad perseguida por las leyes no se cifra en abolir o limitar la libertad, sino, por el contrario, en preservarla y aumentarla. En consecuencia, allí donde existen criaturas capaces de ajustar su conducta a normas legales, la ausencia de leyes implica carencia de libertad. Porque la libertad presupone el poder actuar sin someterse a limitaciones y violencias que provienen de otros; y nadie puede eludirlas donde se carece de leyes. Tampoco la libertad consiste —como se ha dicho— en que cada uno haga lo que le plazca. (¿Qué hombre sería libre si pudiera señorearle el capricho de cada semejante?) La libertad consiste en disponer y ordenar al antojo de uno su persona, sus acciones, su patrimonio y cuanto le pertenece, dentro de los límites de las leyes bajo las que el individuo está y, por lo tanto, no en permanecer sujeto a la voluntad arbitraria de otro, sino libre para seguir la propia.

John Locke**

1. La libertad moderna aparece en Inglaterra

Más allá del siglo XVII inglés es difícil encontrar antecedentes de la libertad individual en los tiempos modernos¹. La libertad individual

* *Los fundamentos de la libertad*, Capítulo XI, 10.^a ed., Unión Editorial, Madrid 2020.

** *Second Treatise*, sec. 57, p. 29. La síntesis de este capítulo, así como la de los capítulos XII y XIV, ha sido utilizada en mis conferencias *The Political Ideal of the Rule Law*, pronunciadas en un ciclo organizado por el Banco Nacional de Egipto y publicadas por este mismo en El Cairo, en 1955.

¹ Cuanto más profundizo en el desenvolvimiento de estas ideas, más me convenzo del importante papel que desempeñó el ejemplo de la República holandesa. Ahora bien, aun cuando tal influencia se acusa con cierto relieve a finales del siglo XVIII, sus más tempranos efectos todavía necesitan de investigación. Mientras tanto, véase Sir George Clark, «The Birth of the Dutch Republic», *Proceedings of the British Academy*, XXXII, 1946, y P. Geyl, «Liberty in Dutch History», *Delta*, I, 1958. Mi ignorancia

surgió inicialmente —y así es probable que ocurra siempre— como consecuencia de la lucha por el poder, más bien que como el fruto de un deliberado plan. Ahora bien, hubo de pasar mucho tiempo hasta que sus beneficios se reconocieron. Durante más de doscientos años, la conservación y perfección de la libertad individual constituyó el ideal que guió a Inglaterra, y sus instituciones y tradiciones fueron el modelo para el mundo civilizado².

Esto no quiere decir que la herencia de la Edad Media fuese irrelevante para la libertad moderna. No obstante, su significación no es en absoluto la que a menudo se cree. Verdad es que en muchos respectos el hombre medieval disfrutó de más libertad de la que hoy generalmente se estima, pero hay pocos motivos para creer que la libertad de los ingleses en la época medieval fuera sustancialmente

me obliga a pasar sobre las importantes discusiones y desarrollos de ideas similares en la Italia del Renacimiento, especialmente en Florencia. (Para algunas breves referencias, véase la introducción a las notas del capítulo XX.) Todavía con menos competencia puedo hablar de una de las grandes civilizaciones no europeas, la china, que elaboró por los mismos años que Grecia concepciones legales sorprendentemente similares a las de la civilización occidental. De acuerdo con Fung Yu-Lan, *A History of Chinese Philosophers*, Peiping 1937, p. 312, «la gran tendencia política de la época (el periodo que va del siglo VII al III antes de Cristo) fue un desplazamiento del señorío feudal hacia el imperio de gobernantes poseedores de poder absoluto; del gobierno de individuos que interpretaban la moral consuetudinaria (*li*) al gobierno de la ley.» El autor cita (p. 321) la siguiente prueba procedente del *Kuan-tzu*, tratado atribuido a Kuan Chung (715-645 antes de Jesucristo), si bien, probablemente, compuesto en el siglo III antes de Jesucristo: «Cuando un Estado está gobernado por la ley, todo opera fácilmente dentro de su curso regular... Si la ley no es uniforme, quien controla el Estado sufre infortunios. Cuando legislador y ministro, superior e inferior, noble y humilde, obedecen todos la ley, cabe hablar de grande y buen gobierno.» El autor añade, sin embargo, que «hasta la fecha nunca se ha alcanzado este ideal en China.»

² Véase la observación de Montesquieu en *The Spirit of the Laws*, vol. I, p. 151: «Hay una nación en el mundo que tiene señalada como finalidad directa de su régimen constitucional la libertad política.» Véase también R. Henne, *Der englische Freiheitsbegriff*, Zurich, Aarau 1927. La historia del descubrimiento de la libertad inglesa por los pueblos del continente europeo y su influencia sobre los mismos todavía no ha sido cuidadosamente estudiada. Entre las obras importantes más tempranas sobre la materia se cuentan: Guy Miege, *L'état présent de la Grande Bretagne*, Amsterdam 1708, también en una edición alemana, corregida y aumentada bajo el título de *Geistlicher und weltlicher Stand von Grossbritannien und Irland*, Leipzig 1718; P. de Rapin-Thoyras, *Dissertation sur les Whigs et les Tories, or a Historical Dissertation upon Whig and Tory*, traducción M. Ozell, Londres 1717, y A. Hennings, *Philosophische und statistische Geschichte des Ursprungs und des Fortgangs der Freyheit in England*, Copenhague 1783.

mayor que la de muchos pueblos continentales³. Aunque los hombres de la Edad Media disfrutaron de muchas libertades en el sentido de privilegios concedidos a clases sociales o a personas, difícilmente conocieron la libertad como condición general de todo un pueblo. En determinadas esferas, las concepciones generales prevalentes sobre la naturaleza y fuentes del derecho y del orden impidieron a la libertad resurgir en su forma moderna. Ahora bien, es cierto que Inglaterra fue capaz de iniciar el moderno desarrollo de la libertad porque retuvo más que otros países la idea común medieval de la supremacía de la ley destruida en todas partes por el auge del absolutismo⁴.

El punto de vista medieval decisivamente importante como soporte de modernos desarrollos, aunque quizá solamente aceptado por completo durante los comienzos de la Edad Media, fue que «el Estado no puede crear o hacer la ley, y desde luego menos

³ Véase particularmente F.W. Maitland y F. Pollock, *History of English Law*, Cambridge University Press, 1911; R. Keller, *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter*, Heidelberg 1933; H. Planitz, «Zur Ideengeschichte der Grundrechte», en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. H.C. Nipperdey, Berlín 1930, III, y O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 2.^a ed., Breslau 1902.

⁴ Véase C.H. McILWAIN, «The English Common Law Barrier against Absolutism», *American Historical Review*, XLIX, 1934, p. 27. La medida en que incluso la más famosa y últimamente más influyente cláusula de la Carta Magna, expresaba meramente ideas comunes al periodo, lo demuestra un decreto del emperador Conrado II, fechado el 28 de mayo de 1307 (incluido en W. Stubbs, *Germany in the Early Middle Ages 476-1250*, ed. A. Hassal, Londres 1908, p. 147), que declara: «Ningún hombre será privado de su feudo..., a no ser por las leyes del Imperio y el juicio de sus pares.» No podemos examinar aquí en detalle la tradición filosófica transmitida desde la Edad Media. Sin embargo, en algunos respectos es algo más que paradójico que Lord Acton califique a Tomás de Aquino como el primer *whig* (véase *Hist. of Freedom*, p. 37, y véase J.N. Figgis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge University Press, 1907, p. 71). Sobre Tomás de Aquino véase T. Gilby, *Principality and Polity*, Londres 1958, y sobre sus influencias en la primitiva teoría política inglesa, especialmente en Richard Hooker, G.S. Wolin, «Richard Hooker and English Conservatism», *The Western Political Quarterly*, VI, 1953. Una relación más completa tendrá que prestar especial atención a Nicolás de Cusa, siglo XIII, y Bártholo, siglo XIV, quienes manejaron tales conceptos. Véase F.A. von Scharff, *Der Cardinal und Bischof Nicolaus von Cusa*, Tübinga 1871, especialmente p. 22; J.N. Figgis, «Bartolus and the Development of European Political Ideas», *Transactions of the Royal Historical Society*, XIX, 1905, y C.N.S. Woolf, *Bartolus of Sassoferato*, Cambridge 1913. Sobre la teoría política del periodo en general, R.W. y A.J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory*, Edimburgo y Londres 1903.

aún abolirla o derogarla, porque ello significaría abolir la justicia misma; sería un absurdo, un pecado y una rebelión contra Dios, que es quien crea dicha ley»⁵. Durante siglos se reconoció como doctrina que los reyes o la autoridad humana de que se tratase podían tan sólo declarar o descubrir las leyes existentes o modificar los abusos introducidos al calor de las mismas, pero no crear la ley⁶. Sólo gradualmente durante la baja Edad Media comenzó a

⁵ Véase O. Vossler, «*Studien zur Erklärung der Menschenrechte*», *Historische Zeitschrift*, CXLII, 1930, p. 512; también F. Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, traducido por S.B. Chrimes, Oxford 1939; E. Jenks, *Law and Politics in the Middle Ages*, Londres 1898, pp. 24-25; C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale University Press, 1910; J.N. Figgis, *The Divine Right of Kings*, 2.^a ed., Cambridge 1914; Ch.V. Langlois, *Le Regne de Philippe III, le Hardi*, París 1887, p. 285; y para una corrección que alcanza hasta la alta Edad Media, véase T.F.T. Plucknett, *Statutes and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge 1922, y *Legislation of Edwards I*, Oxford 1949. Sobre la totalidad del tema, véase ahora J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955.

⁶ Véase B. Rehfeldt, *Die Wurzeln des Rechtes*, Berlín 1951, p. 67: «La aparición del fenómeno del poder legislativo... significa en la historia de la humanidad la invención del arte de crear ley y derecho. Hasta entonces se había creído que no se podía implantar el derecho, sino sólo aplicarlo, como algo que había existido desde siempre. Frente a esta concepción, la invención del poder legislativo es tal vez la de mayores consecuencias de cuantas se han hecho —más trascendental incluso que la invención del fuego o de la pólvora— porque es la que más ha contribuido a poner el destino del hombre en sus propias manos.»

Análogamente, en un estudio preparado como contribución a un *symposium* sobre «La expansión de la Sociedad», organizado por el Instituto Oriental de la Universidad de Chicago, en diciembre de 1958, Max Rheinstein observa: «La noción de que las normas válidas de conducta pudieran establecerse por el legislador fue peculiar en las últimas fases de la historia griega y romana; en la Europa occidental, tal noción durmió hasta el redescubrimiento del derecho romano y el auge de la monarquía absoluta. La proposición de que la ley constituye el mandato de un soberano es un postulado engendrado por la ideología democrática de la Revolución Francesa al sostener que la ley tenía que emanar de los representantes del pueblo debidamente elegidos. Sin embargo, no se trata de una verdadera descripción de la realidad, y, menos que en ningún otro lugar, en los países del derecho común anglosajón.»

Edmund Burke, en una declaración contenida en *Tracts Relative to the Laws against Popery in Ireland*, Works, IX, p. 350, demuestra cuán profundamente influyó todavía en la opinión inglesa, en las postrimerías del siglo XVIII, la tradición de que la ley se encuentra y no se hace. Burke dice así: «Sería difícil señalar un error más auténticamente subversivo de todo el orden y belleza, paz y felicidad de la sociedad humana, que la posición que sostiene que un cuerpo legislativo humano tiene derecho a hacer las leyes que le plazcan, o que las leyes pueden derivar su autoridad de su mera institución y con independencia de la cualidad de la materia de lo que está sujeto a ellas. Ningún argumento de política,

aceptarse el concepto de deliberada creación de la nueva ley, es decir, la legislación tal como la conocemos. En Inglaterra, el Parlamento evolucionó y, de ser principalmente cuerpo descubridor de leyes, pasó a cuerpo creador de las mismas. Generalmente, en la disputa acerca de la autoridad para legislar, en el curso de la cual las partes contendientes se reprochaban mutuamente el actuar de modo arbitrario, es decir, en desacuerdo con las leyes generales reconocidas, los argumentos de la libertad individual, inadvertidamente, encontraron su desarrollo. El nuevo poder del Estado nacional altamente organizado, que surgió en los siglos xv y xvi, utilizó la legislación por primera vez como instrumento de política deliberada. Por un momento pareció como si este nuevo poder conduciría, tanto en Inglaterra como en el continente, a la monarquía absoluta, que había de destruir las libertades medievales⁷. El concepto de gobierno limitado que surgió de la lucha inglesa del siglo xvii fue de esta forma un nuevo punto de partida para afrontar nuevos problemas. Si la primitiva doctrina inglesa y los grandes documentos medievales, desde la Carta Magna, la gran *Constitutio Libertatis*⁸, hasta nuestros días, tienen significación en el desarrollo moderno, es porque sirvieron como armas en tal lucha.

Aunque para nuestros propósitos no necesitamos hacer hincapié en la doctrina medieval, sí tenemos que examinar de cerca la

razón de Estado o defensa de la Constitución puede ser alegado en favor de tal práctica... Todas las leyes humanas son, hablando con propiedad, únicamente declaratorias; pueden alterar el modo y la aplicación, pero carecen de poder sobre la sustancia de la justicia original.» Para otros ejemplos, véase E.S. Corwin, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, «Great Seal Books», Cornell University Press, 1955, p. 6, nota 11.

⁷ Véase Dicey, *Constitution*, p. 370: «El abogado que contempla el asunto desde un punto de vista exclusivamente legal se siente tentado a declarar que el verdadero objeto de discusión entre hombres de Estado tales como Bacon y Wentworth, por una parte, y Coke o Eliot, por otra, fue si debería o no establecerse en Inglaterra, de manera permanente, una administración vigorosa del tipo continental.»

⁸ Así es como H. Bracton describe la Carta Magna en *De legibus*, f. 186 b. Sobre las consecuencias de la falsa interpretación de la Carta Magna en el siglo xvii, véase W.S. McKechnie, *Magna Carta*, 2.^a ed., Glasgow 1914, p. 133: «Si las vagas e inexactas palabras de Coke han oscurecido el significado de muchos capítulos de la Carta Magna y defendido falsas nociones del desarrollo del derecho inglés, el servicio que estos mismos errores han prestado a la causa del progreso constitucional es incommensurable.» Esta opinión ha sido expresada desde entonces muchas veces; véase particularmente H. Butterfield, *The Englishman and His History*, Cambridge University Press, 1944, p. 7.

herencia clásica que revivió al comienzo del periodo moderno. Tal examen es importante no sólo a causa de la gran influencia que ejerció en el pensamiento político del siglo XVII, sino también por la significación directa que la experiencia de los antiguos conserva en nuestro tiempo⁹.

2. Origen de los ideales en la antigua Atenas

Aunque la influencia de la tradición clásica en el moderno ideal de libertad es indiscutible, a menudo su naturaleza no se comprende bien. Se ha dicho frecuentemente que los antiguos no conocieron la libertad en el sentido de libertad individual. Esto es verdad en muchos lugares y períodos, incluso en la antigua Grecia, pero ciertamente no lo es en la época de la grandeza de Atenas, ni tampoco en la República romana de los últimos tiempos. En cambio, sí puede ser verdad en el caso de la degenerada democracia de los tiempos de Platón, pero no, seguramente, en la de aquellos atenienses a quienes Pericles dijo que «la libertad que disfrutamos en nuestro gobierno se extiende también a la vida ordinaria, donde, lejos de ejercer celosa vigilancia sobre todos y cada uno, no sentimos cólera porque nuestro vecino haga lo que desee»¹⁰. Recorde-

⁹ Véase Thomas Hobbes cuando escribe que «una de las más frecuentes causas del espíritu rebelde de este periodo es la lectura de obras de los clásicos griegos y romanos sobre política e historia». No hubo nada que suscitase un interés tan profundo; además, al comprar esta clase de publicaciones se despertaba el interés por el aprendizaje de las lenguas griega y latina (*Leviathan*, II, 29 y 21, ed. M. Oakeshott, Oxford 1946, pp. 214 y 141). Aubrey destaca que las raíces del celo de Milton «por la libertad de la humanidad» se sustentan en su buen conocimiento de Tito Livio y los autores romanos y en la grandeza que halló en la comunidad romana (*Aubrey's Brief Lives*, ed. O.L. Dick, University of Michigan Press, 1957, p. 203). Sobre las fuentes clásicas del pensamiento de Milton, Harrington y Sidney, véase Z.S. Fink, *The Classical Republicans*, «Northwestern University Studies in Humanities», núm. 9, Evanston, Ill., 1945.

¹⁰ Tucídides, *Peloponnesian War*, traducido por Crawley, II, 37. Probablemente, el testimonio más contundente es el de los enemigos de la democracia liberal de Atenas, a quienes cabe atribuir en gran parte la errónea concepción de lo que la libertad significó para los griegos. Dicho testimonio resulta revelador cuando, como en el caso de Aristóteles (*Política*, VI, ii, 1317 b), se lamenta de que «en tales democracias cada persona vive como quiere». Ocasionalmente, los griegos pueden haber sido los primeros en confundir la libertad individual y la libertad política; sin embargo, esto no significa

mos asimismo aquellos soldados a quienes su general advirtió en el momento del supremo peligro durante la expedición a Sicilia que por encima de todo estaban luchando por un país en el que poseían «una libre discreción para vivir como gustasen»¹¹. ¿Cuáles fueron las principales características de esa libertad de la «más libre de las naciones libres», como Micias llamó a Atenas en la mencionada ocasión, vistas tanto por los propios griegos como por los ingleses de la última época de los Tudor o de los Estuardo?

La respuesta viene sugerida por una palabra que los isabelinos tomaron prestada de los griegos, pero que desde entonces ha estado fuera de uso¹². La palabra *isonomía* fue importada en Ingla-

que no conocieran la primera o que no la estimasen. La filosofía estoica, en fin de cuentas, preservó el sentido original de dicha libertad y lo transmitió a las edades futuras. Zenón, ciertamente, definió la libertad como «el poder para la acción independiente, mientras que la esclavitud implica su carencia» (Diógenes Laercio, *Lives of Eminent Philosophers*, III, 121, Loeb, Londres 1931, II, p. 227). Filón de Alejandría, *Quod omnis probus liber sit*, 452, 45, «Loeb Classical Library», Londres 1941, IX, 36, ofrece incluso una concepción totalmente moderna de la libertad bajo la ley: *hosoi de meta nomou zosin eleutheroi*. Sobre la ciudad de la Grecia clásica véase el importante estudio de E.A. Havelock, *The Liberal Temper in Greek Politics*, Yale University Press, 1957. Asimismo, ya no es posible negar la existencia de libertad en la antigua Atenas, afirmando que su sistema económico se «basaba» en la esclavitud, pues recientes investigaciones han demostrado claramente que ésta fue comparativamente poco importante; véase W.L. Westerman, «Athenaeum and the Slaves of Athens», *Athenian Studies presented to W.S. Ferguson*, Londres 1940, y A.H.M. Jones, «The Economic Basis of Athenian Democracy», *Past and Present*, I, 1952, reimpreso en *Athenian Democracy*, Oxford 1957.

¹¹ Tucídides, *ibid.*, VII, 69. La falsa interpretación de la libertad griega llegó hasta Thomas Hobbes y se hizo ampliamente conocida a través de B. Constant, *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, reimpresso en su *Cours de politique constitutionnelle*, II, París 1861, y N.D. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, París 1864. Sobre la maternidad en general, véase G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª ed., Berlín 1905, pp. 288ss. Es difícil comprender por qué en una época tan avanzada como 1933, H.J. Laski («Liberty», *E. S. S.*, IX, p. 442) podía todavía argumentar, con referencia explícita al periodo de Pericles, que «en tal sociedad orgánica el concepto de libertad individual era virtualmente desconocido».

¹² Véase J. Huizinga, *Wenn die Waffen schweigen*, Basilea 1945, p. 95: «Es realmente lamentable que las culturas que se han construido sobre el fundamento del mundo antiguo no tomaran, en vez de la palabra democracia, aquella otra que despertaba en Atenas especial respeto debido a su evolución histórica y que, además, expresaba de una manera particularmente clara el concepto, esencial en este punto, de una adecuada forma de gobierno: la palabra *isonomía*, igualdad de las leyes. Esta palabra tenía incluso resonancias imperecederas. Expresa mucho más clara y directamente que 'democracia' el ideal de libertad; además, la tesis contenida en la denominación de 'isonomía' no

terra, procedente de Italia, al final del siglo XVI, con el significado de «igualdad de las leyes para toda clase de personas»¹³. Poco tiempo después se utilizó libremente por los traductores de Tito Livio, en la forma anglicanizada de *isonomy*, para describir un estado de igualdad legal para todos y de responsabilidad de los magistrados¹⁴. Continuó el uso de la palabra durante el siglo XVIII¹⁵, hasta que «igualdad ante la ley», «gobierno de la ley» e «imperio de la ley» la desplazaron gradualmente.

La historia del concepto en la Grecia antigua ofrece una interesante lección, dado que probablemente entraña el primer caso de un ciclo que las civilizaciones parecen repetir. Cuando apareció por vez primera¹⁶, describía el estado que Solón había establecido antes en Atenas al otorgar al pueblo «leyes iguales para los altos y los bajos»¹⁷ y «ningún control de la vida pública que no fuese la certeza de ser gobernados legalmente y de acuerdo con normas preestablecidas»¹⁸. La isonomía fue contrastada con el gobierno arbitrario de los tiranos y llegó a ser una expresión familiar en canciones populares de borrachos que celebraban el asesinato de uno de tales despotas¹⁹. El concepto parece ser más viejo que el de *democracia*, y la

indica algo inalcanzable, como ocurre con 'democracia'. En la voz *isonomía* se expresa, de manera diáfana y concluyente, el principio esencial del Estado de Derecho.»

¹³ En el Diccionario italiano de John Florio, *World of Words*, Londres 1958.

¹⁴ Tito Livio, *Roman History*, traducido por Philemon Holland, Londres 1600, pp. 114, 134 y 1.016.

¹⁵ El *Oxford English Dictionary*, en «Isonomy», da ejemplos de utilización, correspondientes a 1651 y 1684, que sugieren un uso bastante común del término.

¹⁶ El uso más antiguo que conservamos de la palabra «isonomía» parece remontarse al Alcmaeón, alrededor del siglo V antes de Cristo (H. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 4.^a ed., Berlín 1922, I, 14, p. 136, «Alkmaeon», frag. 4). Puesto que ya se trata de un uso metafórico que describe la «isonomía» como condición de la salud física, cabe deducir que el término estaba perfectamente introducido en aquel entonces.

¹⁷ E. Diehl, *Anthologia Lyrica Graeca*, 3.^a ed., Leipzig 1949, frag. 24. Véase E. Wolf, «Mass und Gerechtigkeit bei Solon», *Gegenwartprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie-Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburgo 1953; K. Freeman, *The Work and Life of Solon*, Londres 1926; W.J. Woodhouse, *Solon, The Liberator*, Oxford 1938, y K. Hoenn, *Solon, Staatsmann und Weiser*, Viena 1948.

¹⁸ E. Barker, *Greek Political Theory*, Oxford 1925, p. 44. Véase Lord Acton, *Hist. of Freedom*, p. 7, y P. Vinogradoff, *Collected Papers*, Oxford University Press, 1928, II, p. 41.

¹⁹ Véase G. Busolt, *Griechische Staatskunde*, Munich 1920, I, p. 417; J.A.O. Larsen, «Cleisthenes and the Development of the Theory of Democracy in Athens», *Essays in Political Theory Presented to George Sabine*, Cornell University Press, 1948; V.

exigencia de igual participación de todos en el gobierno tal vez fuera una de sus consecuencias. Para Herodoto todavía es la isonomía, antes que la democracia, «el más bello de todos los nombres del orden político»²⁰. Después de la implantación de la democracia, el término continuó usándose por algún tiempo, primero como justificación de aquélla y más tarde²¹ para disfrazar de manera creciente el carácter que asumió, ya que el gobierno democrático pronto llegó a olvidar la propia igualdad ante la ley, de la que derivaba su razón de ser. Los griegos entendieron claramente que los

Ehrenberg, «Isonomia», en *Pauly's Real Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, suplemento VII, 1940, y sus artículos «Origins of Democracy», *Historia*, I, 1950, especialmente p. 535, y «Das Harmodioslied», *Festschrift Albin Lesky, Wiener Studien*, LXIX, especialmente pp. 67-69; G. Vlastos, «Isonomia», *American Journal of Philology*, LXXIV, 1953, y J.W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford University Press, 1956, cap. VI.

El griego *skolion* mencionado en el texto se encuentra en dos versiones en E. Diehl, *Anthologia Lyrica Graeca*, II, *skolia* 10 (9) y 13 (12). Un curioso ejemplo del atractivo que ejercían esas canciones celebrando la «isonomía» sobre los *whigs* ingleses de finales del siglo XVIII es la «Ode in Imitation of Callistratus», de sir William Jones (a quien mencionamos anteriormente como lazo de unión entre los puntos de vista políticos *whigs* y la tradición evolucionista en la lingüística; véase sus *Works*, Londres 1807, X, p. 391). Dicha oda, encabezada por el texto griego del *skolion*, tras veinte versos de alabanza a Harmodios y Aristogiton, continúa así:

«Then in *Athens* all was Peace
 Equal Laws and Liberty:
 Nurse of Arts, and eye for *Greece!*
 People valiant, firm, and free!
 Not less glorious was thy deed.
Wentworth, fix'd in Virtue's cause;
 Not less brilliant be thy meed,
Lenox, friend to *Equal Laws!*
 High in Freedom's temple rais'd
 See *Fitz Maurice* beaming stand,
 For collected Virtues prais'd
 Wisdom's voice, and Valour's hand!
 Ne'er shall fate their eyelids close:
 They, in blooming regions blest,
 With *Harmodius* shall repose,
 With *Aristogiton* rest.»

Véase también *ibid.*, p. 389, la «Ode in Imitation of Alcaeus», donde Jones dice de «la Ley Emperatriz Soberana»:

«Smit by her sacred frown
 The Fiend *Discretion* like a vapour sinks.»

²⁰ Herodoto, *Histories*, III, 80; véase también III, 142, y V, 37.

²¹ Busolt, ya citado, p. 417, y Ehrenberg, *op. cit.*, p. 299.

dos ideales, aunque relacionados, no eran lo mismo. Tucídides habló sin ninguna duda sobre la «isonomía oligárquica»²², y Platón incluso usó el término isonomía más bien en deliberado contraste con democracia que para justificarla²³. Al final del siglo IV antes de Cristo se hizo necesario subrayar que «en la democracia las leyes deben imperar»²⁴.

Frente a tales antecedentes, ciertos famosos pasajes de Aristóteles aparecen como vindicación del ideal tradicional, aunque ya no use el término *isonomía*. En su *Política* subraya que «es más propio que la ley gobierne que el que lo haga cualquier ciudadano»; que las personas que disfrutan del supremo poder «deben ser nombradas sólo como guardianes y sirvientes de la ley», y que «quien sitúa el supremo poder en la mente lo hace en Dios y en las leyes»²⁵. Aristóteles condena la clase de gobierno en que «el pueblo impera y no la ley», así como aquél en que «todo viene determinado por el voto de la mayoría y no por la ley». Para Aristóteles, tal gobierno no es el estado libre, «pues cuando el gobierno está fuera de las leyes no existe estado libre, ya que la ley debe ser suprema con respecto a todas las cosas». Un gobierno que «centra todo su poder en los votos del pueblo no puede, hablando con propiedad, llamarse democracia, pues sus decretos no pueden ser generales en cuanto a su extensión»²⁶. Si a lo anterior añadimos el siguiente pasaje de la *Retórica*, tendremos ciertamente una declaración bastante completa sobre el ideal del gobierno de la ley²⁷: «Es de la máxima importancia que

²² Tucídides, *op. cit.*, III, 62, 3-4, y contrátese este uso del término en un sentido legítimo con la referencia al que describe como uso especioso, *ibid.*, III, 82, 8; véase también Isócrates, *Aeropagiticus*, VII, 20, y *Panathenaicus*, XII, 178.

²³ Platón, *República*, VIII, 557 bc, 599 d, 561 e.

²⁴ Hyperides, *In Defence of Euxenippus*, XXI, 5 (*Minor Attic Orators*, ed. J.O. Burtt, «Loeb Classical Library», II, p. 468): *Hópos én demokratía kyrioi hoi nόmoi ésonτai*. La primacía de la ley (*nomós basileus*) aparece ya con mucha anterioridad.

²⁵ Aristóteles, *Política*, 1287 a. La traducción utilizada es la de W. Ellis, en la edición Everyman con preferencia a la más familiar de B. Jowett.

²⁶ *Op. cit.*, 1292 a.

²⁷ La ley citada por Demóstenes en uno de sus discursos (*Contra Aristócrates*, XXIII, 86; véase también XXIV, 59) demuestra lo fundamentales que eran estas concepciones para los atenienses. El ateniense que la introdujo opinaba que, como cada ciudadano tiene una participación en los derechos civiles, así todos debían tener una participación igual en las leyes y, por lo tanto, propuso «que no fuese legítimo promulgar una ley que afectase a ningún individuo, a menos que la misma se aplicase a todos

leyes bien inspiradas definan todos los puntos que puedan, dejando los menos posibles a la resolución de los jueces, pues la decisión del legislador no es particular, sino general y previsora, mientras que los miembros de la Asamblea y del jurado centran su deber en solucionar adecuadamente los casos determinados que se les plantean»²⁸.

Es claro que el uso moderno de la expresión «gobierno de las leyes y no de los hombres» deriva directamente de la anterior declaración aristotélica. Thomas Hobbes creía que fue «pura y simplemente otro error de la *Política* de Aristóteles el que, en una comunidad bien ordenada, no los hombres sino las leyes debieran gobernar»²⁹, a lo que James Harrington replicó que «el arte por el que una sociedad civil se instituye y preserva sobre la base de derechos e intereses comunes... [consiste en] seguir a Aristóteles y a Tito Livio en materia de imperio de las leyes y no de los hombres»³⁰.

los atenienses». Tal proposición llegó a ser ley de Atenas. No sabemos cuándo tuvo lugar esto último. Demóstenes se refirió a ello en el 352 antes de Cristo. Sin embargo, es interesante comprobar cómo por aquel tiempo la democracia ya constituía el concepto primario del cual deriva la concepción más vieja de la igualdad ante la ley. Aunque Demóstenes ya no utiliza el término «isonomía», su relato del incidente es algo más que una paráfrasis de ese viejo ideal. Sobre la ley en cuestión, véase J.H. Lipsius, *Attisches Recht und Rechtsverfahren*, Leipzig 1905, I, p. 388, y E. Weiss, *Griechisches Privatrecht*, Leipzig 1920, I, p. 96, nota 186 a; véase también H.M. Jones, «The Athenian Democracy and its Critics», *Cambridge Historical Journal*, vol. IX, 1953, reimpresso en *Athenian Democracy*, Oxford 1957, p. 52: «En ningún tiempo fue legal (en Atenas) alterar una ley por el simple decreto de la Asamblea. El promotor de tal decreto podía caer bajo el peso de la famosa acusación de conducta ilegal y, llevado ante los tribunales, se exponía a las más fuertes penas.»

²⁸ Aristóteles, *Retórica*, 1354 ab, traducción de W. Rhys, en *The Work of Aristotle*, ed. W.D. Ross, IX, Oxford 1924. No cito en el texto el pasaje de la *Política*, 1317 b, donde Aristóteles menciona como condición de la libertad «que a ningún magistrado se le permitan poderes discrecionales, salvo en determinados casos que carezcan de relevancia para los negocios públicos», porque ello tiene lugar en un contexto donde no expresa su propia opinión, sino que se limita a citar los puntos de vista de otros. Una importante declaración de sus puntos de vista sobre la discreción judicial se halla en *Ética a Nicómaco*, V, 1137 b, donde arguye que el juez debiera llenar el vacío de la ley «legislando como lo haría el propio legislador si estuviese presente y como hubiese dispuesto mediante ley si hubiera previsto que se presentaría el caso». De esta forma se anticipa a una famosa cláusula del Código Civil suizo.

²⁹ T. Hobbes, *Leviathan*, IV, 46, ed. M. Oakeshott, Oxford 1946, p. 448.

³⁰ J. Harrington, *Oceana*, 1656. La frase aparece poco más tarde en un pasaje en *The Leveller*, de 1659, mencionado por J.W. Gough, *op. cit.*, p. 137.

3. Origen de los ideales en la República romana

A lo largo del siglo xvii la influencia de los escritores latinos reemplazó en gran medida la directa influencia de los griegos, por lo que es inexcusable examinar brevemente la tradición derivada de la República romana. Las famosas leyes de las XII Tablas, inspiradas en una consciente imitación de las leyes de Solón, constituyen el fundamento de su concepción de la libertad. La primera de aquéllas estipula que «ningún privilegio o *status* será establecido en favor de personas privadas, en detrimento de otras, contrario a la ley común de todos los ciudadanos, que todos los individuos, sin distinción de rango, tienen derecho a invocar»³¹ Tal fue la concepción fundamental bajo cuyos auspicios se formó gradualmente el primer sistema totalmente desarrollado de derecho privado, mediante un proceso muy similar al que dio origen a la *common law*³², sistema muy diferente en espíritu al del último Código de Justiniano, que determinó el pensamiento legal del continente.

El principio inspirador de las leyes de la Roma libre nos ha sido transmitido principalmente por las obras de historiadores y oradores de aquel periodo, quienes una vez más llegaron a ejercer influencia durante el Renacimiento latino del siglo xvii. Tito Livio —cuyo traductor hizo que la gente se familiarizase con el término «isonomía», término que el mismo Tito Livio no usó y que proporcionó a Harrington la distinción entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres—³³, Tácito y, sobre todo, Cicerón llegaron

³¹ Véase *The Civil Law*, ed. S.P. Scott, Cincinnati 1932, p. 73. Para la totalidad de la materia, véanse además las obras de T. Mommsen, C. Wirszubski, *Libertas as a Political Idea at Rome*, Cambridge University Press, 1950, y U. von Lutbow, *Blüte und Verfall der römischen Freiheit*, Berlín 1953, que han llegado a mi conocimiento poco después de haber sido redactado el texto.

³² Véase W.W. Buckland y A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*, Cambridge University Press, 1936.

³³ Tito Livio, *Ab urbe condita*, II, 1.1: «Imperia legum potentiora quam hominum.» La frase latina es citada inexactamente por Algernon Sidney (*Works*, Londres 1772, p. 10) y John Adams (*Works*, Boston 1851, IV, p. 403). En la traducción holandesa de 1600 citada en la nota 14, anteriormente, esta palabra se traduce (p. 44) en el sentido de que «la autoridad e *imperio de la ley* es más fuerte y poderosa que las de los hombres». Se trata del más remoto caso que conozco de utilización de la expresión «imperio de la ley» en el sentido de «gobierno de la ley» o «dominio de la ley».

a ser los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Para el moderno liberalismo³⁴, Cicerón se convirtió en la principal autoridad y a él debemos muchas de las formulaciones más efectivas de la libertad bajo la ley. A él pertenece el concepto de las reglas generales, de las *leges legum* que gobiernan la legislación³⁵; el de la obediencia a las leyes si queremos ser libres³⁶ y el de que el juez haya de ser tan sólo la boca a través de la cual habla la ley³⁷. En ningún otro autor se ve más claramente que, durante el periodo clásico del Derecho romano, se comprendió sin lugar a dudas la inexistencia de conflictos entre la ley y la libertad y la dependencia de esta última de ciertos atributos de la primera; de la generalidad y certeza de la ley. Cicerón, paladinamente, opone restricciones al poder discrecional de la autoridad.

Este periodo clásico fue también un periodo de completa libertad económica al que Roma debió en gran medida su prosperidad y

³⁴ Véase W. Ruegg, *Cicero und der Humanismus*, Zurich 1946, y la introducción de G.H. Sabine y S.B. Smith a Marco Tulio Cicerón, *On the Commonwealth*, Columbus, Ohio, 1929. En relación con la influencia de Cicerón sobre David Hume, ver especialmente «My Own Life», *Essays*, I, 2.

³⁵ Marco Tulio Cicerón, *De legibus*, II, 7, 18. Estas «leyes superiores» fueron reconocidas en Roma inscribiendo una previsión declarativa de que no intentaban revocar lo que era *ius* o sacro. Véase E.S. Corwin, *op. cit.*, pp. 12-18, y literatura allí citada.

³⁶ Marco Tulio Cicerón, *Pro Cluentio*, 53: «*Omnis legum servi sumus ut liberi esse possimus.*» Véase Montesquieu, *Spirit of the Laws*, XXVI, 20, vol. II, p. 76: «La libertad consiste principalmente en no verse forzado a hacer lo que las leyes no obligan a hacer. Los hombres solamente disfrutan de tal estado cuando se hallan gobernados por leyes civiles. Son libres porque viven bajo dichas leyes civiles.» Voltaire, *Pensées sur le gouvernement, Oeuvres Complètes*, ed. Garnier, XXIII, p. 526: «La liberté consiste à ne dépendre que des lois.» J.J. Rousseau, *Lettres Écrites de la Montagne*, VIII, en *The Political Writings of J.J. Rousseau*, ed. C.E. Vaughan, Cambridge, 1915, II, p. 235: «No hay libertad sin ley y nadie está por encima de la ley. Incluso en el estado de naturaleza el hombre es libre únicamente debido al derecho natural, del que disfrutan todos y cada uno.»

³⁷ Marco Tulio Cicerón, *De legibus*, III, 122: «*Magistratum legem esse loquentem.*» Véase Sir Edward Coke, en *Calvin's Case* (citado en la nota 18 del capítulo IV), «*Judex est lex loquens*», y la máxima legal del siglo XVII: «*Rex nihil aliud est quam lex agens.*» Asimismo, Montesquieu, en *Spirit of the Laws*, XI, 6, vol. I, p. 159, escribe: «Los jueces nacionales no son más que la voz que pronuncia la ley, meros seres pasivos, incapaces de moderar la fuerza y rigor de ésta.» La frase fue repetida en los Estados Unidos por el presidente del Tribunal Supremo John Marshall (*Osborn versus the Bank*, 9, Wheat, 738, 866), cuando habló de los jueces como personas «que hablan por boca de la ley» e «incapaces de imponer su voluntad para nada».

fuerza³⁸. Durante el siglo II después de Cristo, sin embargo, el socialismo de Estado avanzó rápidamente³⁹, y, con su desarrollo, la libertad que había creado la igualdad ante la ley fue progresivamente destruida al propio tiempo que se iniciaban las exigencias de otra clase de igualdad. Durante el Bajo Imperio los estrictos preceptos legales fueron debilitándose y cediendo ante una nueva política social en que el Estado incrementó su intervención en la vida mercantil. Las consecuencias de esta evolución, que había de culminar bajo la égida de Constantino, condujo, en palabras de un distinguido estudioso del Derecho romano, a que «el imperio absoluto proclama, juntamente con el principio de equidad, la autoridad de la voluntad imperial libre de las barreras de la ley. Justiniano, con sus doctos profesores, llevó tal proceso a la cima de sus conclusiones»⁴⁰. A partir de este momento, quedó relegada al olvido durante mil años la idea de que la legislación debe servir para proteger la libertad del individuo. Más tarde, cuando el arte de legislar fue redescubierto, el Código de Justiniano, con sus ideas de un principio que está por encima de las leyes⁴¹, sirvió de modelo en el continente.

4. Lucha de los ideales ingleses contra los privilegios

En Inglaterra, sin embargo, la amplia influencia que ejercieron los autores clásicos durante el reinado de Isabel ayudó a preparar el

³⁸ Véase M. Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich*, Leipzig 1931, I, pp. 49 y 140.

³⁹ Véase F. Oertel, «The Economic Life of the Empire», en *Cambridge Ancient History*, XII, Cambridge 1939, especialmente pp. 270ss, y el apéndice con el que contribuye el mismo autor a R. Poehlmann, *Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der Antiken Welt*, 3.^a ed., Munich 1925; también U. von Lütbow, *op. cit.*, pp. 87-109; M. Rostovtzeff, «The Decay of the Ancien World and its Economics Interpretation», *Economic History Review*, II, 1930; Tenney Frank, *Economic Survey of the Roman Empire*, Johns Hopkins Press, 1940, epílogo; H.J. Haskell, *The New Deal in Old Rome*, Nueva York 1939, y L. Einaudi, «Greatness and Decline of Planned Economy in the Hellenistic World», *Kyklos*, II, 1948.

⁴⁰ F. Pringsheim, «Jus aequum und jus strictum», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romantische Abteilung*, XLII, 1921, p. 668; véase también, del mismo autor, *Höhe und Ende der Jurisprudenz*, Friburgo 1933.

⁴¹ Véase A. Esmein, «La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancient droit public français», *Essays in Legal History*, ed. P. Vinogradoff, Oxford 1913.

camino para un proceso distinto. A poco de la muerte de la reina comenzó la gran lucha entre el Rey y el Parlamento, de la que derivó la libertad del individuo. Es significativo que las disputas, muy similares a aquellas con las que nos enfrentamos hoy en día, comenzaran muy principalmente en materia de política económica. Al historiador del siglo XIX las medidas de Jacobo I y Carlos I, provocadoras del conflicto, pudieron parecerle cuestiones anticuadas sin ningún interés. Para nosotros los problemas suscitados por los intentos reales de crear monopolios industriales tienen un matrastro familiar. Carlos I incluso intentó nacionalizar la industria del carbón, sólo desistió cuando se le informó de que dicha nacionalización podía ser origen de una rebelión⁴².

Desde que un tribunal sentenció, en el famoso Pleito de los Monopolios⁴³, que la concesión del privilegio exclusivo para la producción de un artículo iba «contra el derecho común y la libertad del ciudadano», la exigencia de leyes iguales para todos se convirtió en el arma principal del Parlamento frente a los deseos reales. Los ingleses aprendieron entonces, mejor de lo que lo han hecho hoy, que el control de la producción significa siempre la creación de privilegios; que entraña la concesión a Pedro del permiso negado a Juan.

Existió, no obstante, otra clase de regulación económica, que ocasionó la primera gran declaración del principio básico: el Memorial de Agravios de 1610 provocado por las nuevas reglamentaciones sobre edificación en Londres y la prohibición de fabricar almidón de trigo. La célebre réplica de la Cámara de los Comunes declaraba que entre todos los tradicionales derechos de los ciudadanos británicos

⁴² Véase J.U. Nef, *Industry and Government in France and England, 1540-1640*, Filadelfia 1940, p. 114. Un interesante relato de cómo más tarde «la libertad de prensa llegó incidentalmente a Inglaterra, con motivo de la eliminación de un monopolio comercial», se encuentra en M. Cranston, *John Locke*, Londres 1856, p. 387.

⁴³ *Darcy versus Allein*, fallado en 1603. El principio parece haber sido establecido cuatro años antes en *Davenant versus Hurdis*, cuando se dijo que «tal clase de prescripción, que conduce a la exclusiva de comercio o tráfico en beneficio de una persona o una compañía y excluye a todas las restantes, es contraria a la ley». Véase W.L. Letwin, «The English Common Law Concerning Monopolies», *University of Chicago Law Review*, XXXI, 1954, y los dos artículos de D.O. Wagner, «Coke and the Rise of Economic Liberalism», *Economic History Review*, VI, 1935-36, y «The Common Law and Free Enterprise: An Early Case of Monopoly», *ibid.*, VII, 1936-37.

«no existe otro más querido ypreciado que el de guiarse y gobernarse por ciertas normas legales que otorgan a la cabeza y a los miembros lo que en derecho les pertenece, sin quedar abandonados a la incertidumbre y a la arbitrariedad como sistema de gobierno... De esta raíz ha crecido el indudable derecho del pueblo de este reino a no hallarse sujeto a ningún castigo que afecte a sus vidas, tierras, cuerpos o bienes, distinto de los contenidos en el derecho común de este país o en los estatutos elaborados con el consenso del Parlamento»⁴⁴.

Sin embargo, en la discusión a que dio lugar el Estatuto de los Monopolios de 1624, Sir Edward Coke, el gran fundador de los principios *whigs*, desarrolló finalmente su interpretación de la Carta Magna, segunda parte de sus *Instituciones de las Leyes de Inglaterra* (*Institutes of the Laws of England*), que muy pronto serían impresas por orden de la Cámara de los Comunes, refiriéndose al pleito de los monopolios, no sólo arguyó que «si se concede a un hombre el derecho de fabricar naipes en exclusiva o de llevar a cabo cualquier otro comercio, tal concesión es contraria a la libertad del ciudadano que antes hizo tal mercancía o pudo haber utilizado tal derecho de comercio... y, en consecuencia, contraria a la Gran Carta»⁴⁵, sino que incluso fue más allá de la oposición a la prerrogativa real advirtiendo al Parlamento «que dejase que todas las causas fueran medidas por la vara dorada y absoluta de las leyes y no por la incierta y torcida cuerda de lo discrecional»⁴⁶.

De la intensa y continuada controversia acerca de estos temas durante la guerra civil emergieron gradualmente todos los ideales que desde entonces han presidido la evolución política inglesa. Aquí no podemos intentar analizar su evolución en las controversias y folletos de la época, cuya ingente riqueza de ideario ha comenzado a descubrirse en tiempos recientes con la reimpresión de textos⁴⁷. Podemos enumerar tan sólo las principales ideas que

⁴⁴ Gran Bretaña, «Public Record Office», *Calendar of State Papers, Domestic Series*, 7 de julio de 1610.

⁴⁵ Edward Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, 1642, edición de Londres, 1809, p. 47.

⁴⁶ *Ibid*, p. 51. Compárese también la *Fourth Part*, p. 41.

⁴⁷ Véase *The Clarke Papers*, ed. C.H. Firth, Camden Society, 1891-1901; G.P. Gooh, *English Democratic Ideas in the Seventeenth Century*, Cambridge University Press, 1893;

aparecieron con mayor frecuencia, hasta que en tiempos de la Restauración llegaron a formar parte de una tradición establecida, integrándose, tras la Gloriosa Revolución de 1688, en el cuerpo doctrinal del partido victorioso.

El gran acontecimiento que para las últimas generaciones constituyó el símbolo de las permanentes conquistas de la guerra civil fue la abolición, en 1648, de los tribunales privilegiados, y especialmente de la Cámara de la Estrella, tribunal secreto y arbitrario que había llegado a ser, según palabras de F.W. Maitland, a menudo citadas, «un tribunal de jueces que administra la ley»⁴⁸. Casi al mismo tiempo se hizo el primer esfuerzo para asegurar la independencia de los jueces⁴⁹. En las controversias de los veinte años siguientes, el motivo central lo constituyó la forma de imposibilitar la acción arbitraria del gobierno. Aunque los dos significados de «arbitrariedad» fueron durante mucho tiempo confusos, cuando el Parlamento comenzó a actuar tan arbitrariamente como el rey⁵⁰, llegó a reconocerse que la arbitrariedad de una acción no dependía de la fuente de la autoridad, sino de que estuviese conforme con principios generales de derecho preexistentes. Los puntos más frecuentemente subrayados fueron que no puede existir castigo sin una ley previa que lo establezca⁵¹, que las leyes carecen de efectos retroactivos⁵² y que la discreción de los magistrados debe venir estrictamente circunscrita por la ley⁵³. En todo caso, la idea rectora

T.C. Pease, *The Leveller Movement*, Washington 1916; *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution 1638-1647*, ed. W. Haller, Columbia University Press, 1934; A.S.P. Woodhouse, *Puritanism and Liberty*, Londres 1938; *The Leveller Tracts*, ed. de W. Haller y G. Davies, Nueva York 1944; W. Haller, *Liberty and Reformation in the Puritan Revolution*, Columbia University Press, 1955; P. Zagorin, *A History of Political Thought in the English Revolution*, Londres 1954.

⁴⁸ F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1909, p. 263.

⁴⁹ Véase C.H. McIlwain, «The Tenure of English Judges», en *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press, 1939, p. 300.

⁵⁰ Véase J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1944, pp. 76ss y 159.

⁵¹ Este es uno de los principales tópicos que consigna el acta de los Debates sobre el Ejército; véase A.S.P. Woodhouse, *Puritanism and Liberty*, pp. 336, 345, 352 y 472.

⁵² Sentencia, al parecer, de Edward Coke, *Second Part of the Institutes*, 292: «Nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis.»

⁵³ Véase Woodhouse *op. cit.*, pp. 154ss y 353ss.

fue que la ley debía reinar, o, como expresaba uno de los folletos polémicos del periodo, *lex rex*⁵⁴.

Gradualmente surgieron dos concepciones cruciales sobre la manera de salvaguardar los ideales básicos: la idea de una constitución escrita⁵⁵ y el principio de la separación de poderes⁵⁶. Cuando en enero de 1660, poco antes de la Restauración, en la «Declaración del Parlamento reunido en Westminster» (*Declaration of Parliament Assembled at Westminster*) se hizo un último intento de formular mediante documento formal los principios esenciales de la Constitución, se incluyó este impresionante pasaje: «No hay nada más esencial para la libertad de un Estado que la gobernación del pueblo por leyes y que la justicia sea administrada solamente por aquellos a quienes se les puede exigir cuentas por su proceder.

⁵⁴ Samuel Rutherford, *Lex Rex: The Law the Prince*, etc., Londres 1644. En Woodhouse, *op. cit.*, pp. 199-212, aparecen extractos. La frase del título se remonta hasta el *nómos basileús* de la antigua Grecia. El principio de la ley contra la arbitrariedad no solamente se utilizó por los Roundheads (los famosos cabezas redondas puritanos); frecuentemente aparece asimismo en la argumentación realista, y Carlos I, en su *Discurso desde el cadalso*, pudo afirmar que «su libertad y su independencia consisten en haber recibido del Estado leyes que les permitan conservar la vida y la mayor parte de sus bienes; sin autorización, empero, para participar en el gobierno de la nación.»

⁵⁵ Véase S.R. Gardiner, *The Constitutional Documents on the Puritan Revolution 1625-1660*, 3.^a ed., Oxford 1906. El mejor resumen se encuentra en F.D. Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Nueva York 1949. Véase también W. Rothschild, *Der Gedenke der geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution*, Tubinga 1906; M.A. Judson, *The Crisis of the Constitution*, Rutgers University Press, 1949, y el trabajo de J.W. Gough citado en la nota 50 precedente. Véase Oliver Cromwell, *Letters and Speeches*, ed. T. Carlyle, 2.^a ed., Londres 1846, III, p. 67: «En todos los gobiernos debe existir algo fundamental. Algo semejante a la Carta Magna, que debe permanecer firme e inalterable.»

⁵⁶ La idea de la separación de poderes parece surgir por vez primera en 1645, en un folleto de John Lilburne (véase T.C. Pease, *op. cit.*, p. 114), pero pronto se alega con frecuencia, como es el caso de John Milton, *Eikonoklastes*, 1649 (*Prose Works*, ed. Bohn, I, p. 363): «En todos los pueblos inteligentes, el poder legislativo y la ejecución judicial de ese poder han sido muy usualmente diferenciados y se hallan encomendados a distintas manos. Sin embargo, el primero es supremo, y el otro, subordinado.» Y en John Sader, *Rights of the Kingdom*, 1649, citado por Wormuth, *op. cit.*, p. 61: «Cabe discutir mucho si los poderes legislativo, judicial y ejecutivo deben ocuparse de distintas materias con arreglo a la ley natural.» La idea fue totalmente elaborada por G. Lawson, *An Examination of the Political Part of Mr Hobbes, His Leviathan*, Londres 1647 (véase A.H. MacLean, «George Lawson and John Locke», *Cambridge Historical Journal*, IX, 1947). Referencias adicionales se encuentran en Wormuth, *op. cit.*, pp. 59-72, y para los últimos procesos del desarrollo, pp. 191-206.

Formalmente se declara que de ahora en adelante todas las actuaciones referentes a la vida, libertades y bienes de cuantos integran el pueblo libre de esta comunidad deben ser acordes con las leyes de la nación, y que el Parlamento no se entrometerá en la administración ordinaria o parte ejecutiva de la ley, siendo misión principal del actual Parlamento, como lo ha sido de todos los anteriores, proveer a la libertad del pueblo contra la arbitrariedad del gobierno»⁵⁷. Si, conforme a tal declaración, el principio de separación de poderes quizá no era totalmente «aceptado por el derecho constitucional»⁵⁸, al menos quedó como parte de las doctrinas políticas imperantes.

5. Codificación de la doctrina «whig»

Todas estas ideas vinieron a ejercer una decisiva influencia durante la siguiente centuria no sólo en Inglaterra, sino en América y en el continente, en la forma sumaria en que se expusieron después de la expulsión final de los Estuardo, en 1688. Aunque en su tiempo quizá otras obras produjeran la misma o quizá aún mayor influencia⁵⁹, el *Second Treatise on Civil Government*, de John Locke, destacó tanto sus duraderos efectos, que recaba nuestra atención.

⁵⁷ Wormuth, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁸ Wormuth, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁹ Los dos autores que principalmente debiera considerar una relación más completa son Algernon Sidney o Gilbert Burnet. Entre los puntos que toca Sidney en *Discourses Concerning Government* (publicado por primera vez en 1768), esenciales para nuestro problema, está la insistente tesis de que «la libertad consiste tan sólo en la independencia con respecto a la voluntad de otro», y la relación de dicho estado con la máxima «potentiora erant legum quam hominum imperia» (cap. I, sec. V, *Works*, Londres 1772, p. 19). Subraya Sidney que «las leyes que tienden al bien público no hacen distinción entre ciudadanos» (cap. II, sec. XVII, *ibid.*, p. 150), y que «las leyes se promulgan para que las naciones no sean gobernadas arbitrariamente» (cap. III, sec. XIV, *ibid.*, p. 338). Entre los numerosos escritos de Gilbert Burnet, véase particularmente el que publicó como anónimo en *Enquiry into the Measures of Submission to the Supreme Authority, etc.*, 1688 (citado de la reimpresión aparecida en *Harleian Miscellany*, Londres 1808), I, especialmente la p. 442: «La argumentación en favor de la libertad siempre se justifica por sí misma, a menos que aparezca que se renuncia a dicha libertad o que se limite por acuerdo especial... En el gobierno de la sociedad civil hay que distinguir claramente entre el poder de hacer leyes para regular la conducta de dicha sociedad y

La obra de Locke ha llegado a ser conocida principalmente como amplia justificación filosófica de la Revolución Gloriosa⁶⁰, y su contribución original consiste principalmente en sus exhaustivas especulaciones acerca del basamento filosófico del gobierno. Pueden diferir las opiniones en lo que respecta al valor de la citada obra; sin embargo, el aspecto importante, al menos en su época, que nos interesa principalmente aquí es la codificación de la doctrina política victoriosa, la recopilación de los principios prácticos que, según se acordó, a partir de ese momento debían controlar los poderes del gobierno⁶¹.

el poder de ejecutarlas. Debemos suponer que quienes tienen reservado el poder legislativo posean la suprema autoridad, y no los detentadores del poder ejecutivo, que cuando está separado del legislativo entraña un mero fideicomiso.» P. 447: «Las medidas del poder, y por consecuencia las de obediencia, deben deducirse de las leyes expresas del Estado o cuerpo de hombres, de los juramentos que hacen o de la prescripción inmemorial y la larga posesión que conceden títulos y con el largo transcurso del tiempo truecan lo malo en bueno, pues la prescripción, cuando sobrepasa la memoria de los hombres y no está disputada por ningún otro pretendiente, concede, en virtud del común consentimiento de todos los humanos, bueno y justo título. Por lo tanto, el grado de la autoridad civil tiene que proceder de leyes expresas, costumbres y juramentos especiales que los súbditos hacen a sus príncipes, debiendo establecerse como principio que en todas las disputas entre el poder y la libertad, el poder debe probarse siempre, mientras que la libertad se prueba por sí misma, pues el uno está fundado en la ley positiva, y la otra, en la ley natural.» P. 446: «El objetivo principal de toda nuestra legislación y de las varias reglas de nuestra constitución es asegurar y mantener la libertad.» A este folleto se refería principalmente un contemporáneo continental, descubridor de la libertad inglesa, G. Miege (véase nota 2 de este capítulo), cuando arguyó que «ningún ciudadano en el mundo disfrutó de tantas libertades fundamentales y transmisibles como el pueblo de Inglaterra» y que «su estado fue, por tanto, el más feliz, preferible al de todos los súbditos europeos» (*op. cit.*, pp. 512-13).

⁶⁰ Esto todavía puede afirmarse, aunque ahora parece que el *Treatise* fue bosquejado antes de la Revolución de 1688.

⁶¹ Véase J.W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, Oxford 1950. Todavía merece estudiarse hasta qué grado Locke, en los puntos que aquí se discuten, se limitó a resumir opiniones expuestas con detalle por juristas del periodo. Especialmente importante a este respecto es sir Matthew Hale, quien alrededor de 1673, en un manuscrito de réplica a Hobbes que probablemente Locke conoció (véase la carta de Aubrey a Locke, citada en M. Cranston, *J. Locke*, Londres 1956, p. 152), había argumentado que «para evitar esa gran falta de certeza en la aplicación de la razón por particulares a casos determinados, y también con el fin de que los hombres puedan entender la regla y medida bajo la cual han de vivir y poseer, y para que no estén bajo la desconocida arbitrariedad de determinadas personas, lo mejor del mundo, en todas las edades, se ha puesto de acuerdo sobre ciertas leyes, reglas y métodos de administración de justicia, tan exigentes y ciertos como pueda imaginarse» (p. 503 de la obra antes citada, cap. IV, nota 18).

Aunque en su discusión filosófica la preocupación de Locke se centró en la fuente que hace legítimo el poder y en los objetivos del gobierno en general, el problema práctico con que se enfrenta consiste en la manera de impedir que el poder, sea quien fuere el que lo ejerza, llegue a convertirse en arbitrario. «La libertad de los gobernados radica en la posesión de una norma permanente que el poder legislativo proclame para ser acatada por las gentes y sea común a todos y cada uno de los miembros de dicha sociedad; radica en una libertad para seguir mi propia voluntad en todo, siempre que la norma no lo prohíba, radica en no estar sujeto a la inconstante, desconocida y arbitraria voluntad de otro ser humano»⁶². Las razones se dirigían principalmente contra «el irregular e incierto ejercicio del poder»⁶³. El punto importante se cifraba en el supuesto de que «quienquiera que asuma el poder legislativo o supremo en cualquier comunidad se halla obligado a gobernar mediante leyes permanentes, estables, promulgadas y conocidas por el pueblo, y no a través de decretos extemporáneos; mediante jueces imparciales e integérrimos que han de decidir las controversias dentro del marco de dichas leyes. Asimismo las fuerzas coactivas de que dispone la comunidad, dentro de sus fronteras, tan sólo se utilizarán para asegurar el recto cumplimiento de tales leyes»⁶⁴. La propia asamblea legislativa no es «absoluta y arbitraria»⁶⁵, «no puede asumir el poder de dictar normas mediante decretos arbitrarios y extemporáneos, sino que está obligada a dispensar justicia y a decidir los derechos de los súbditos en virtud de leyes promulgadas y permanentes y jueces autorizados y conocidos»⁶⁶. «El supremo ejecutor de la ley... no tiene otra voluntad ni otro poder que el propio que de la ley deriva»⁶⁷. Locke se opone a reconocer cualquier poder soberano, y el *Tratado* ha sido considerado como un ataque a la idea misma de soberanía⁶⁸. La

⁶² J. Locke, *The Second Treatise of Civil Government*, ed. J.W. Gough, Oxford 1946, 22, p. 13.

⁶³ *Ibid.*, epígrafe 127, p. 63.

⁶⁴ *Ibid.*, epígrafe II 1, p. 64.

⁶⁵ *Ibid.*, epígrafe 137, p. 69.

⁶⁶ *Ibid.*, epígrafe 136, p. 68.

⁶⁷ *Ibid.*, epígrafe 151, p. 75.

⁶⁸ Véase H.N. Figgis, *The Divine Rights of Kings*, 2.^a ed., Cambridge 1914, p. 212; W.S. Holdsworth, *Some Lessons from Our Legal History*, Nueva York 1928, p. 134, y C.E.

principal salvaguarda práctica de Locke contra el abuso de autoridad es la separación de poderes, que expone algo menos claramente y en una forma menos familiar que la utilizada por algunos de sus predecesores⁶⁹. Su principal preocupación estriba en la forma de limitar la discrecionalidad «del que tiene el poder ejecutivo»⁷⁰, pero no ofrece especial salvaguarda para ello. Su objetivo final, que penetra todo lo que en la actualidad se denomina limitación del poder, la razón por la que los hombres «eligen y autorizan una legislatura, es que tiene que haber leyes y reglas que sirvan de guarda y frontera de las pertenencias de todos los miembros de la sociedad, a fin de limitar el poder y moderar el dominio de cada parte y miembro de dicha sociedad»⁷¹.

6. Progresos del siglo XVIII

Existe un largo camino entre la aceptación de un ideal por la opinión pública y su completa realización en el ámbito de la política, y es probable que el ideal del imperio de la ley todavía no había sido completamente llevado a la práctica cuando el sistema fue derogado, doscientos años más tarde. De cualquier forma, el principal periodo de consolidación durante el cual se introdujo de un modo progresivo en la práctica diaria fue durante la primera mitad del siglo XVIII⁷². Desde la confirmación final de la independencia de los jueces, en el Acta de Establecimiento de 1701⁷³, hasta que en

Vaughan, *Studies in the History of Political Philosophy before and after Rousseau*, Manchester University Press, 1939, I, p. 134.

⁶⁹ John Locke, *ibid.*, cap. Xlll. Compárese con la nota 56.

⁷⁰ *Ibid.*, epígrafe 159, p. 80.

⁷¹ *Ibid.*, epígrafe 22, p. 107.

⁷² Véase G.M. Trevelyan, *English Social History*, Londres 1944, pp. 245 y 350ss, especialmente p. 351: «La tarea específica de la primera época hannoveriana fue el establecimiento del imperio de la ley, una ley que con todas sus faltas era, por lo menos, ley de libertad. Sobre tan sólida cimentación se edificaron todas nuestras reformas subsiguientes.»

⁷³ Sobre la significación de este suceso véase especialmente W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, X, Londres 1938, especialmente p. 647: «Como consecuencia de la independencia judicial, la doctrina del imperio, gobierno o supremacía de la ley se estableció en su forma moderna y se convirtió en la característica más peculiar y ciertamente más saludable de la ley constitucional inglesa.»

1706 el Parlamento examinara por última vez un proyecto de ley de proscripción —que condujo no solamente a una nueva declaración final de todas las razones contra tal acción arbitraria del legislador⁷⁴, sino también a la reafirmación del principio de separación de poderes—⁷⁵, el periodo se caracteriza por un lento pero firme desarrollo de la mayoría de los principios por los que los ingleses del siglo XVII habían luchado.

Podemos mencionar brevemente algunos acontecimientos significativos del periodo, como, por ejemplo, la ocasión en que un miembro de la Cámara de los Comunes —en los tiempos en que el Dr. Johnson informaba acerca de los debates— volvió a formular la doctrina básica de *nulla poena sine lege*, contra la que incluso hoy en día se alega a veces que no forma parte del Derecho inglés⁷⁶. «Que donde no haya ley no existe transgresión, es una máxima no sólo establecida por el consentimiento universal, sino evidente e innegable por sí misma. Y no es menos cierto, Señor, que donde no hay transgresión no puede haber castigo»⁷⁷. Otra ocasión se presentó cuando Lord Camden, en el caso Wilkes, aclaró que los jueces deben ceñirse a las reglas generales y no a los objetivos particulares de gobierno, o, en otras palabras, que no se pueden invocar

⁷⁴ La influencia revivió en el siglo XIX, debido a la dramática relación que del episodio dio T.B. Macaulay, *History of England*, cap. XXII, ed. de Everyman, IV, pp. 272-292.

⁷⁵ Véase también Daniel Defoe, *The History of the Kentish Petition*, Londres 1701; su denominada *Legion's Memorial*, del mismo año, y la concluyente afirmación de que «los ingleses ya no son esclavos ni del Parlamento ni de los Reyes» (*The Works of Daniel Defoe*, Londres 1943, III, p. 5). Véase sobre esta materia C.H. MacIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, 1947, p. 150.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Sir Alfred Denning, *Freedom under the Law*, Londres 1949, donde, con respecto a la doctrina continental *nullum crimen, nulla poena sine lege*, dice: «En este país, sin embargo, el derecho común no ha sido limitado de esa manera. No se contiene en un Código, sino en el corazón de los jueces, quienes enuncian y desarrollan los principios necesarios para tratar en cualquier situación nueva que pueda surgir.» Véase también S. Glaser, «Nullum crimen sine lege», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1942. En la forma citada, la sentencia latina data únicamente del final del siglo XVIII (véase más adelante, cap. XIII, nota 22); sin embargo, en la Inglaterra del siglo XVIII fue corriente la traducción similar: *Ubi non est lex ibi non est transgressio*.

⁷⁷ *The Works of Samuel Johnson*, Londres 1787, XII (integrantes del primer volumen de *Debates in Parliament*), p. 22, reproduce el discurso de Mr. Campbell en el debate sobre la Ley de los Cereales, en la Cámara de los Comunes, el 26 de noviembre de 1710. Véase E.L. McAdams, *Dr Johnson and the English Law*, Syracuse University Press, 1951 p. 17.

razones políticas ante los tribunales de justicia⁷⁸. En otros respectos el progreso fue más lento, y probablemente resulte cierto que, desde el punto de vista de los humildes, el ideal de igualdad ante la ley continuó siendo durante largo tiempo un hecho algo dudoso. Pero si el proceso de reformar las leyes de acuerdo con el espíritu de los mencionados ideales fue lento, los propios principios no sólo dejaron de constituir materia de discusión y opinión partidista, sino que incluso llegaron a ser completamente aceptados por los *tories*⁷⁹. En cierto sentido, sin embargo, la evolución se alejó del ideal más bien que se acercó. En particular, el principio de separación de poderes, aunque considerado a lo largo del siglo como el hecho más característico de la constitución británica⁸⁰, se convirtió en una realidad con progresiva menor entidad a medida que se desarrollaba el gobierno de gabinete. Y el Parlamento, con sus demandas de poder ilimitado, se halló pronto en la vía conducente a la liquidación de otro de los principios.

7. Hume, Blackstone y Paley

La segunda mitad del siglo XVIII produjo las coherentes exposiciones de ideales que determinaron grandemente el clima de opinión de los siguientes cien años. Como a menudo ocurre, fueron menos los filósofos políticos y jurisperitos, con sus sistemáticas exposiciones, que

⁷⁸ Así se cita a veces la opinión de Lord Camden. La única declaración suya que he podido encontrar expresando en sustancia el mismo punto de vista aparece en el caso *Entick versus Carrington*, 1765 (Howell's, *State Trials*, XIX, p. 1703): «Con respecto al argumento de la razón de Estado o a la distinción que se ha querido establecer entre delitos contra el Estado y otros, la *common law* no participa en este tipo de razonamiento, ni nuestros libros tienen en cuenta tales diferencias.»

⁷⁹ El paso decisivo de la incorporación a la doctrina *tory* lo dio probablemente H.J.St. Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties*, 1734, con su aceptación de la diferencia entre «gobierno por la constitución» y «gobierno por la voluntad» (Carta X, 5.^a ed., Londres 1739, p. 111).

⁸⁰ Véase W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, Londres 1938, p. 713: «Si se le hubiese preguntado a un jurisconsulto, a un estadista o a un filósofo político del siglo XVIII cuál era, en su opinión, el rasgo más distintivo de la constitución británica, habría respondido a favor de la separación de poderes de los distintos órganos de gobierno.» Sin embargo, incluso cuando Montesquieu popularizó el concepto en el continente, tal separación, en lo que respecta a Inglaterra, era verdad solamente en grado limitado.

los historiadores, con sus interpretaciones de los sucesos, quienes llevaron tales ideas a la masa. El más influyente entre ellos fue David Hume, quien en sus trabajos subrayó constantemente los puntos cruciales⁸¹ y de quien justamente se ha dicho que en su opinión el significado real de la historia de Inglaterra estribó en la evolución que va «del gobierno bajo el signo de la arbitrariedad al gobierno bajo el imperio de la ley»⁸². Por lo menos merece citarse un pasaje característico de su *History of England*, cuando, refiriéndose a la abolición de la Cámara de la Estrella, escribe: «En aquel tiempo no existía en el mundo ningún gobierno, ni quizás lo ha habido en ninguna época histórica, capaz de subsistir sin que algunos magistrados dispongan de cierta arbitrariedad autoridad; y aunque a primera vista pudiera ser razonable, resulta dudoso el que la sociedad lograra jamás un estado de perfección que le permitiera mantenerse sin otro control que el general de las rígidas máximas de la ley y la equidad. Ahora bien, el Parlamento pensó justamente que el rey era un magistrado demasiado eminente para que se le confiara un poder discrecional que podría fácilmente emplearse en la destrucción de la libertad. Y así se ha llegado a la conclusión de que, aunque de los principios de la estricta adhesión a la ley se derivan algunos inconvenientes, las ventajas los sobrepasan e inclinan para siempre a los ingleses a mostrar

⁸¹ Como aditamento al pasaje citado más tarde en el texto, véase especialmente D. Hume, *Essays*, I, «On the Origin of Government», p. 117; «Of Civil Liberty», p. 161, y especialmente «Of the Rise and Progress of the Arts and Sciences», p. 178, donde argumenta: «Es de esperar que todas las leyes generales presenten inconvenientes al aplicarse a casos concretos, por lo que se requiere gran penetración y experiencia para percibir que esos inconvenientes son menores que los que se deducirían de un poder totalmente discrecional de los magistrados y para discernir lo que las leyes generales entrañan en conjunto, a la par que originan los menores inconvenientes. Se trata de algo que encierra tan gran dificultad, que los hombres lograron progresos incluso en el sublime arte de la poesía y la elocuencia, donde la rapidez de genio y la imaginación demuestran avances apreciables antes de llegar a ningún gran refinamiento en sus leyes, cuya mejora únicamente se obtiene mediante la prueba frecuente y la diligente observación.» Véase también *Enquiry*, vol. II, pp. 179-196, 256 y 272-278. Dado que a Hume se le presenta a menudo como *tory*, merece destacarse que él mismo declaró: «Mis puntos de vista sobre las cosas se conforman más con los principios *whig*; mis ideas de las personas se conforman más con los prejuicios *tory*» (citado en E.D. Mossner, *Life of David Hume*, Londres 1954, p. 111); véase también *ibid.*, p. 179, donde Hume se califica de «revolucionario *whig*, aunque no de la clase dogmática».

⁸² F. Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, Berlín 1936, I, p. 234.

gratitud hacia la memoria de sus antepasados, quienes tras repetidas disputas establecieron al fin aquel noble principio»⁸³.

Más tarde, en el mismo siglo, estos ideales se dan a menudo por sobreentendidos más bien que explícitamente declarados, y el lector moderno tiene que inferirlos cuando quiera comprender lo que hombres como Adam Smith⁸⁴ y sus contemporáneos entendían

⁸³ D. Hume, *History of England*, V, Londres 1762, p. 280.

⁸⁴ Para conocer la forma en que Adam Smith aceptó la separación de poderes y su justificación como realidad evidente, véase *W. o N.*, lib. V, cap. 1, parte II, vol. II, pp. 213-14. Existe una primera e incidental referencia a estos problemas (*ibid.*, p. 201), al explicar Smith, brevemente, que en Inglaterra «la salud pública no requiere que al soberano se le confíen poderes discrecionales» ni siquiera para suprimir «las más violentas y desenfrenadas actitudes», porque posee «la seguridad de un ejército bien organizado» y porque «en un gobierno firme y absolutamente legal», el soberano, a la cabeza del ejército, espera «para ponerse en movimiento incluso haber recibido licencia; es decir, hasta que se le ha confiado el poder de actuar así». Las precedentes afirmaciones de Smith han proporcionado la base para un importante comentario, debido a uno de los más agudos estudiosos extranjeros de la constitución británica. Se trata de J.L. DE LOLME, quien en su *Constitution of England*, 1784, nueva edición, Londres 1800, pp. 436-441, afirma: «La circunstancia más característica del gobierno inglés y la más aguda prueba que pueda darse de la verdadera libertad, consecuencia del marco en que se encuentra ésta», es que en Inglaterra «todas las acciones individuales se suponen legales mientras no se invoque una ley que las califique de lo contrario.» «La base de ese principio legal o doctrina que limita el ejercicio del poder del gobierno a lo que expresa la ley» tiene sus antecedentes en la Carta Magna, aunque únicamente alcanzó su fuerza real al ser suprimida la Cámara Estrellada, con el resultado de que «la misma extraordinaria restricción de la autoridad del gobierno a que aludimos y de su capacidad de ejecución no exceden a lo que la intrínseca situación de las cosas y la fortaleza de la constitución pueden soportar.» (Nótese que este pasaje se halla evidentemente influido por la exposición de Hume citada en el texto.)

Muchas declaraciones similares del periodo podrían citarse, pero dos particulares características deberán bastarnos. La primera es de John Wilkes, *The North Briton*, LXIV, 3 de septiembre de 1768 (citada por C.K. Allin, *Law and Orders*, Londres 1945, p. 51): «En un gobierno libre esos tres poderes siempre han estado, o al menos deberían estar, separados, porque si los tres o dos cualesquiera de ellos se unieran en la misma persona, las libertades del pueblo, desde ese crítico instante, se verían arruinadas. Por ejemplo, si el poder legislativo y el ejecutivo estuvieran unidos en la misma magistratura o en el mismo cuerpo de magistrados, no podría existir eso que se llama libertad, dado que existirían grandes razones para temer que el mismo monarca o senado promulgasen leyes tiránicas con vistas a ejecutarlas por sí mismos de una manera tiránica. Evidentemente, la libertad no podría existir donde el poder judicial estuviese unido o bien al legislativo o bien al ejecutivo: en el primer caso, la vida y libertad del ciudadano aparecerían expuestas, necesariamente, a los más inmediatos peligros, porque la misma persona sería juez y legislador. En el segundo caso no sufriría menos la condición del ciudadano, pues la misma persona podría dictar una sentencia cruel quizás para ejecutarla con crueldad aún mayor.»

por libertad. Sólo ocasionalmente, como ocurre en los *Comentarios* de Blackstone, hallamos esfuerzos para elaborar determinados puntos, tales como la independencia de los jueces, la separación de poderes⁸⁵ o el significado de la ley mediante su definición como «regla que no es una orden transitoria e imprevista de un superior o referida a personas determinadas, sino algo permanente, uniforme y universal»⁸⁶.

Muchas de las más conocidas expresiones de esos ideales se encuentran, desde luego, en los pasajes familiares de Edmund Burke⁸⁷. Sin embargo, probablemente, la más completa declaración de la doctrina del imperio de la ley se halla en la obra de William Paley, el «gran codificador del pensamiento en una era de codificación»⁸⁸. Tal declaración merece una larga cita: «La primera máxima del Estado libre —escribe Paley— es que las leyes se elaboren por quienes no han de administrarlas. En otras palabras: que los poderes legislativo y judicial se mantengan separados. Cuando tales oficios están unificados en las mismas personas o asambleas, las leyes son especiales y se hacen para casos concretos, que surgen a menudo de motivos parciales y se dirigen a fines privados. Por el

El segundo pasaje procede de *Letters of Junius*, 1772, Carta 47, fechada el 25 de mayo de 1771, ed. C.W. Everett, Londres 1927, p. 208: «Siempre que confiamos a un hombre o grupo de hombres cualquier poder discrecional sobre la vida, libertad o fortuna de los ciudadanos, bajo la presunción de que no se abusará de tal poder, nos traicionamos, contradecimos el espíritu de nuestras leyes y conmovemos el sistema total de la jurisprudencia inglesa.»

⁸⁵ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Londres 1765, I, p. 269: «En esta precisa e independiente existencia del poder judicial encarnado en un cuerpo peculiar de hombres, nombrado ciertamente por la corona, pero no amovibles a su gusto y placer, se centra una importante conservación de la libertad pública que no puede subsistir por mucho tiempo en ningún Estado, a menos que la administración de justicia sea, en cierto grado, independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo. Donde aquélla se une al legislativo, la vida, la libertad y la propiedad del súbdito se hallan a merced de jueces arbitrarios, cuyas decisiones se verán reguladas únicamente por sus propias opiniones y no por principios fundamentales de derecho, los cuales, aunque la legislatura quiera soslayarlos, los jueces están obligados a observarlos.»

⁸⁶ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁷ Véase especialmente Edmund Burke, *Speech on the Motion made in the House of Commons, the 7th of February, 1771, Relative to the Middlesex Elections, Works, passim*.

⁸⁸ E. Barker, *Traditions of Civility*, Cambridge University Press, 1948, p. 216. Nótese también la admiración de A.V. Dicey por Paley, *ibid.*, pp. 245 y 248.

contrario, cuando tales oficios se mantienen separados, las leyes son generales, se elaboran por un cuerpo de individuos sin que se prevea a quién pueden afectar, y, una vez promulgadas, deben ser aplicadas por otro cuerpo de hombres a los que se les permite afectarlas... Cuando las partes e intereses que han de ser afectados por las leyes son conocidos, la inclinación del legislador inevitablemente caerá de un lado o de otro, y, al no existir normas fijas que regulen las determinaciones ni ningún poder para controlar los procedimientos, tales inclinaciones interferirán con la integridad de la justicia pública. La consecuencia de ello es que los sujetos a tal constitución tendrán que vivir o sin leyes coherentes, lo que equivale a decir sin reglas conocidas y preestablecidas, o bajo leyes promulgadas por personas determinadas, que participan de la contradicción e iniquidad de los motivos a los que deben su origen.

«Este país se halla resguardado efectivamente contra tales peligros mediante la división de la función judicial y la legislativa. El Parlamento no conoce a los individuos sobre los que sus actos operarán; ante él no hay ni partidos ni casos, ni deseos particulares que servir. Consiguientemente, sus resoluciones vienen sugeridas por consideraciones de efectos y tendencias universales que siempre producen regulaciones imparciales y ventajosas para todos»⁸⁹.

8. Fin de la evolución inglesa

Con los finales del siglo XVIII terminan las mayores contribuciones británicas al desarrollo de los principios de la libertad. Aunque Macaulay hizo en el siglo XIX más de lo que Hume había hecho en el XVIII⁹⁰, y los intelectuales *whigs* de la *Edinburgh Review* y los

⁸⁹ W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, 1785, Londres 1824, pp. 348ss.

⁹⁰ El éxito de Macaulay al convertir en viva posesión de todos los ingleses cultos el relato de las luchas constitucionales del pasado, se recuerda hoy en día raramente. Sin embargo, véase el *The Times Literary Supplement*, 13 de enero de 1853, p. 40: «Hizo por nuestra historia lo que Tito Livio por la historia de Roma, y lo hizo mejor.» Véase también la observación de Lord Acton en su *Hist. Essays*, p. 182, de que Macaulay «hizo más que ningún escritor del mundo para la propagación de la fe liberal, y no sólo fue el más grande inglés que entonces vivió (1856), sino también el más representativo.»

economistas seguidores de la tradición de Adam Smith, como J.R. MacCulloch y N.W. Senior, continuaron discurriendo sobre la libertad de acuerdo con los cánones clásicos, hubo poco desarrollo posterior. El nuevo liberalismo que gradualmente desplazó a las tendencias *whigs* se presentó, cada vez más, bajo la influencia de las tendencias racionalistas de los filósofos radicales y de la tradición francesa. Bentham y sus utilitaristas, con su menosprecio de la mayor parte de los que hasta entonces se consideraban los rasgos más admirados de la constitución británica, contribuyeron poderosamente a la tarea de destruir las creencias⁹¹ que desde los tiempos medievales Inglaterra había conservado en parte. Este grupo introdujo en Gran Bretaña algo que hasta entonces no existía: el deseo de rehacer la totalidad de los derechos e instituciones sobre la base de principios racionales.

La falta de comprensión de los principios tradicionales de la libertad inglesa por parte de los hombres guiados por los ideales de la Revolución francesa viene claramente ilustrada por uno de los primeros apóstoles en Inglaterra de dicha revolución: el doctor Richard Price. Ya en 1778 argüía que «la libertad está demasiado imperfectamente definida cuando se habla de gobierno de la ley en vez de gobierno de los hombres. Si las leyes están hechas por un hombre o un grupo de hombres dentro de un Estado y no por el consentimiento común, tal gobierno no difiere de la esclavitud»⁹². Ocho años más tarde, fue capaz de exhibir una carta laudatoria de Turgot: «¿A qué se debe que sea usted casi el primero de los autores de su país que ha dado una idea justa de la libertad y mostrado la falsedad de la idea, tan frecuentemente repetida por casi todos los escritores republicanos, de que la libertad consiste en estar sujeto sólo a las leyes?»⁹³. A partir de este momento y en lo sucesivo, el concepto esencialmente francés de la libertad política comenzó a

⁹¹ Incluso los benthamitas (partidarios de Bentham), en cierto respecto, no podían menos que construir y mejorar la vieja tradición a cuya destrucción tanto contribuyeron. Esto se aplica, ciertamente, a los esfuerzos de John Austin para proveer de agudas distinciones entre «leyes verdaderamente generales» y «mandatos ocasionales o particulares». Véase *Lectures on Jurisprudence*, 5.^a ed., Londres 1911, I, p. 92.

⁹² Richard Price, *Two Tracts on Civil Liberty, etc.*, Londres 1778, p. 7.

⁹³ Richard Price, *Observations on the Importance of the American Revolution, to which is added a letter from M. Turgot* (fechada el 22 de marzo de 1778, p. 111).

desplazar progresivamente el ideal inglés de libertad individual, hasta que pudo decirse que «en Gran Bretaña, que hace poco más de un siglo repudiaba las ideas en que se basaba la revolución francesa y dirigía la resistencia contra Napoleón, tales ideales han triunfado»⁹⁴. Aunque en Gran Bretaña la mayoría de las conquistas del siglo XVII fueron conservadas más allá del siglo XIX, es forzoso dirigir la vista hacia otros países para descubrir el desarrollo posterior de los ideales soporte de aquellas realizaciones.

⁹⁴ W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, X, Londres 1938, p. 23.