

IMPERIO DE LA LEY, REGLA DEL DERECHO Y TÓPICA DE CONSTITUCIÓN

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del Derecho
de la Universidad de Sevilla

1 ENTRE las actividades de Francisco Tomás y Valiente próximas al 14 de febrero de 1996, a la fecha de su asesinato, entre aquéllas que dan lugar a un precioso legado póstumo, figura una conferencia sobre *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*. Se celebra en Buenos Aires el 9 de septiembre de 1995 y no se queda en una exposición oral, sino que se vierte por escrito en un artículo elaborado (1). Arranca del siguiente modo: «No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante». He aquí una buena señalización de entrada para un tráfico por el tiempo sin abandonarse el presente. Voy a procurar seguirla respecto al principio del *imperio de la ley* dirigido a la justicia. Si me intereso por una *historia*, por su origen temporal y su significado pretérito, es porque me importa una *dogmática*, su sentido actual y su alcance virtual, toda una *carga* que, *invisible, pero condicionante*, puede efectivamente *arrastrar*.

La misma conferencia argentina de Tomás y Valiente toca naturalmente el principio. Bajo un epígrafe referido al «poder judicial como poder de un Estado democrático de derecho», dice de los jueces que, «por ser integrantes» de tal poder en un Estado así cualificado, «están sometidos al *imperio de la ley*», recalando: «por constituir un poder independiente están sometidos *únicamente* a ella», a la ley, y fundamentando: «artículo 117. 1 *in fine* CE», artículo citado de la

AFDUAM I (1997), pp. (41-78).

(1) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales», en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid 1996, pp. 149-180.

Constitución Española, esto es: la justicia se administra «por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», exactamente lo que Tomás y Valiente indica adoptando así un lenguaje que es de un texto constitucional antes que suyo. Por su cuenta agrega: «Lo cual no significa, como si a estas alturas se tratase de resucitar la escuela de la exégesis o de defender la visión de un juez mudo, mecánico aplicador de la letra de las leyes, que el juez no tenga una función creadora de derecho como intérprete de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», lo que también fundamenta: «artículo 9.1 CE», esto es ahora: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Cuando el mismo artículo 9 del texto constitucional español añade en su párrafo tercero que «la Constitución garantiza el principio de legalidad», *principio de legalidad* habremos también de entenderlo en tales términos que no resultan necesariamente los literales (2).

Las expresiones siempre son de la Constitución Española antes que de Tomás y Valiente. Su exposición agrega realmente algo que no conviene pasar por alto. En definitiva, entre jueces sometidos a las leyes y todos, ellos inclusive, sujetos a la Constitución, lo que viene a agregarnos es que *imperio de la ley* no significa exactamente imperio de la ley, lo que dicen la palabra *imperio*, un poder de sometimiento y sujeción, y la palabra *ley*, un género de norma de rango inferior a la Constitución y no equivalente a ella, aun compartiendo actualmente con ella una misma legitimidad de origen democrático y procedimiento parlamentario. *Imperio de la ley*, aun con tal base de democracia, no parece que pueda significar exactamente el poder de imponer a la justicia una especie de normas de esta determinación política, las leyes. *Principio de legalidad* tampoco será así con exactitud principio de legalidad. Si dichas expresiones no quieren por tanto decir lo que literalmente dicen, fuerza de la ley, dominio de la legalidad, imperio de la legislación, poder legislativo, ¿qué se está entendiendo entonces por las mismas, por *imperio de la ley* y *principio de legalidad*?

¿Qué dice una Constitución bien característica como la española cuando, en el momento preciso de referirse a la posición, función y actuación judicial, utiliza dicho sintagma de *imperio de la ley*, y no aquel otro más global de *sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*? Si quiere decir alguna otra cosa, ¿por qué utiliza una expresión tan apodíctica y entonces tan equívoca? ¿Y realmente la Constitución no dice imperio de la ley cuando dice *imperio de la ley*, principio de legalidad al decir *principio de legalidad*? ¿Qué pueden significar a nuestras alturas tales registros constitucionales como cánones de la justicia? ¿Qué entendemos realmente con las expresiones? ¿Se dice con *imperio de la ley* exacta-

(2) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales» pp. 157-159.

mente lo que sus términos indican; un *imperio* o poder de *la ley* o de norma de rango, si no secundario, segundo, por preceder la Constitución?

2. Pues la duda comienza por ser léxica, podríamos comenzar por mirar diccionarios, unos diccionarios jurídicos. Baste un par de muestras para no resultar cansino (3). En un clásico *Vocabulaire juridique* que data de 1930, una voz de *régne de la loi* que se vertirá en castellano como *imperio de la ley* nos dice algo pleonásticamente que «el imperio de la ley implica el reconocimiento del principio de legalidad», pero también se registra acto seguido un «sentido más estricto», según se le califica: «Régimen jurídico que somete a los agentes del Estado, como a los simples particulares, al imperio de la ley común», remitiéndose para ilustración no a la misma Francia ni tampoco a España, sino a Inglaterra. «Ejemplo: el imperio de la ley es la base del derecho constitucional inglés» (4). Nuestra expresión tendría esta manifestación eminente y dicho alcance preciso. La remisión de unos diccionarios suele ser al derecho inglés y así a la lengua inglesa. «*Imperio de la ley*, véase *the rule of law*», que es entonces lo que define: «Término inglés cuya traducción al castellano es *imperio de la ley* y que se refiere a la necesidad de la ley como orden superior de un Estado, en cuanto que regule lo público y lo privado implicando igualdad jurídica» (5).

El sintagma central respecto al cual los nuestros se significan parece ser el de *rule of law*. Comencemos entonces ya más sustantivamente por éste. Pertenece a fechas mucho más recientes de lo que suele presumirse. Se acuñó y lanzó, logró curso y cobra sentido, no hace mucho. Resulta muy posterior a las mismas realidades que pretende representar, con lo que así cabe que su aparición no responda a descubrimiento, sino a invención, no a meras razones de identificación y designación, sino a otras menos inocentes o más interesadas de carácter práctico o incluso manipulativo. Y estas son condiciones que conviene advertir desde un comienzo porque pudieran darse igualmente con otros casos. Vayamos viendo.

Si se ven manuales o incluso obras menos dadas a las simplificaciones, no pareciera sino que la *rule of law* constituye un principio tan consustancial históricamente del derecho británico que se originaría como *common law*, como derecho común en el ámbito inglés, o como ley común que todavía no sabemos, a partir de unos tiempos prácticamente medievales, conformándose como tal a lo largo de la edad dicha moderna, por los siglos XVII, y XVIII (6). Pero a finales de toda

(3) Lo seré, desarrollando las presentes páginas, en «Imperio de la Ley y *Rule of Law*: léxico jurídico y tópica constitucional», a publicarse en *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996.

(4) HENRI CAPITANT: *Vocabulario jurídico. Redactado por profesores de Derecho, magistrados y jurisconsultos franceses*, traducción de Aquiles H. Guaglianone, Buenos Aires 1979, voz.

(5) MIGUEL ANGEL DEL ARCO y ANA BLANCO (coordinadores): *Diccionario básico jurídico*, Granada 1994, voz.

(6) KARL LOEWENSTEIN: *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, Berlín 1967, vol. 1, pp. 74-76.

esta trayectoria resulta que tal sintagma presuntamente característico de todo un constitucionalismo histórico parece inexistente (7). Lo es. Lo sigue siendo durante el siglo XIX y hasta sus postrimerías, hasta exactamente el año 1885, hasta una fecha precisa. *Rule of law* resulta que incluso tiene acta de nacimiento, lo que no siempre ocurre para este tipo de criaturas históricas que son unos tópicos, como constataremos por ejemplo, sin ir más lejos, respecto al *imperio de la ley*. Miremos este registro, que no es ningún secreto (8).

Rule of law es un invento de Albert Venn Dicey, de su influyentísima *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución*, cuya primera edición es de dicho año, de 1885 (9). Buscándosele origen, se pone en realidad de relieve la invención (10). No estamos ante el expositor, sino ante el inventor (11). Fue suya la idea de adoptar dicha expresión conformándola de modo que sirviera para identificar y construir un elemento definitorio y directivo del constitucionalismo británico o del constitucionalismo sin más según entendía (12). Y *rule of law* nace como algo muy distinto al *imperio de la ley*: se define como regla de competencia de la justicia respecto a un *common law*, a un *derecho común* inglés y no así ley, a un derecho cuya misma formación resulta sustancialmente de dicho carácter judicial. No es entonces *regla de ley* en su sentido de norma de determinación política, pero esta otra no deja de concurrir y tener peso.

La introducción de Dicey nos presenta también un parlamento de carácter que se dice *soberano* a los mismos efectos normativos, a efectos legislativos. Sus *leyes*, las *laws* de este origen parlamentario, son normas superiores del mismo *common law* y se imponen así a la justicia. Un principio legislativo de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento, precede en su exposición al judicial de *rule of law*. He aquí un círculo que, si no resulta vicioso, se debe a que su cuadratura puede resolverse mediante la presencia de un núcleo indisponible de *rights*, de *derechos* constitucionales en su sentido subjetivo preciso y de alcance directivo último tanto para la actuación judicial como para la práctica legislativa. Si hay una *rule* de alcance general, más que *rule of law*, una regla de derecho objetivo con un componente legislativo discrecional, es la que podemos llamar entonces *rule of*

(7) JEAN LOUIS DE LOLME: *Constitución de Inglaterra*, ed. Madrid 1992, Estudio introductorio de B. Clavero, pp. 11-85, e Índice sintomático y notas de C., pp. 529-536.

(8) KARL LOEWENSTEIN: *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, vol. 1, pp. 77-79.

(9) ALBERT VENN DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Londres, 1985; la edición de 1915, última que él cuidó, tiene reprint americano, Indianápolis 1982.

(10) H. W. ARNDT: «The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law», en *The Australian Law Journal*, 31, 1957, pp. 117-123.

(11) RICHARD A. COSGROVE: *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Londres 1980.

(12) A. V. DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, parte I: *The Sovereignty of Parliament*; parte II: *The Rule of Law*, cap. 5: *The Right of Personal Freedom*, cap. 6: *The Right to Freedom of Discussion*, cap. 7: *The Right of Public Meeting*, cap. 12: *Rule of Law compared with «Droit Administratif»*; parte III: *Relation between Parliamentary Sovereignty and the Rule of Law*, para todo lo que sigue.

rights, una regla de derechos constitucionales subjetivos que supone no sólo un canon para la justicia, sino también un régimen para el parlamento.

El nacimiento y unos primeros pasos de la *rule of law* no los veo bien expuestos, fuera del mundo del *common law*, ni siquiera en la mejor literatura (13). Y todavía algún paso más entre éstos iniciales nos interesa por lo que haya luego precisamente de plantear la posición más bien distinta del *imperio de la ley*. Dicey plantea una contraposición entre lo que entiende como *rule* constitucional y un régimen de naturaleza que juzga diversa, pero que no identifica con dicho principio de poder de la legislación. El contrapunto para él lo constituye el *droit administratif*, esta otra criatura histórica y en este caso francesa que es el *derecho administrativo*. Aquí aparece un tópico ciertamente más tangible. *Rule of Law compared with «Droit Administratif»*, «la regla de derecho comparada con el derecho administrativo», es un epígrafe de la introducción constitucional de Dicey enormemente controvertido en su época y aún de nuevo hoy (14), un capítulo considerablemente incisivo a mi juicio (15). No es una comparación tan extraña como pudiera a primera vista parecer. No lo es por la contraposición concreta que Dicey plantea. Ese capítulo presenta el *droit administratif* como un elemento tan definitorio de un sistema contemporáneo no constitucional cual pueda serlo la *rule of law* del constitucional. El uno como la otra no se consideran piezas aisladas respecto al conjunto de sus ordenamientos, sino componentes que pueden justamente caracterizarlos.

En sustancia, el *droit administratif* contrapuesto a la *rule of law* se presenta como todo un régimen no constitucional en el cual un poder teóricamente *ejecutivo* se sitúa, sostiene y desarrolla al margen prácticamente de toda habilitación estrictamente constitucional, tanto de dirección legislativa como de habilitación judicial, dotándose y haciendo uso de una facultad reglamentaria autónoma y de una competencia jurisdiccional propia. En esta exención acumulativa del poder entonces político respecto a ley constitucionalmente dicha, la de producción parlamentaria, y respecto a *justicia* también estricta, a jueces no pertenecientes a la propia *administración*, venía a identificarse la ausencia de *rule of law*, de *regla de*

(13) FRANZ NEUMANN: *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft* (1936), Frankfurt am Main 1980 (traducción y epílogo pertinente de ALFONS SÖLLNER), pp. 207-210: «*Rule of law* oder die Vorherrschaft des Parlaments in England»; GUSTAVO ZAGREBSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid 1994 (traducción de Marina Gascón y epílogo impertinente de GREGORIO PECESBARBA), p. 27: con Dicey «el *rule of law* se ha transformado en la *sovereignty of Parliament*».

(14) SABINO CASSESE: «Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 19, 1990, pp. 5-82; el mismo, «La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 25, 1995, pp. 107-131, aún desde una radical incomprensión a mi entender de las posiciones encontradas.

(15) B. CLAVERO: «Tutela amministrativa o diálogos con Tocqueville», pp. 454-462, en *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, pp. 419-468.

derecho, y la carencia consiguiente de entidad constitucional de un régimen como el francés. Ahí quedarían situadas en un campo Inglaterra y en el otro Francia, la primera en el constitucional, con su *rule of law*, y la segunda en el no constitucional, con su *droit administratif*.

La contraposición puede parecer demasiado drástica, y en la época ya ocurrió, pero contiene elementos de fondo indudablemente caracterizadores de los respectivos sistemas, lo que de parte no británica costaría y cuesta reconocer. Podemos considerar, si así lo preferimos, que ambos casos eran constitucionales, el francés como el británico, pero estamos entonces ante dos versiones bien distintas del constitucionalismo. Habría en tal caso que matizar, corregir o completar apreciaciones de Dicey, pero esto creo que aquí interesa sólo relativamente. De su *Introducción al Derecho de la Constitución*, de la construcción que contiene, creo que importan ahora, más que unas limitaciones reales, unos tipos ideales, unos tópicos que se presentan así contrapuestos, el de *rule of law* por una parte y el de *droit administratif* por otra, el de *regla de derecho* constitucional y el de *derecho administrativo* nada o menos, según se quiera, tal.

El tópico de la *rule of law* ha venido realmente a caracterizar a todo un sistema constitucional cuyo rasgo distintivo es la identificación judicial del orden jurídico. Con un *judicial review* o posibilidad no sólo de determinación primaria del mismo derecho por la justicia, sino también de control de otros poderes potencialmente normativos, como el legislativo, por parte de la misma justicia, con la posibilidad así de esta *revisión judicial*, el sistema que hoy así se califica, como característico de la *rule of law*, es más en especial el estadounidense. Se trata de un asunto de identidad del mismo derecho y no sólo de posición de la ley como tiene todavía a entenderse (16).

Aunque suele proyectarse al siglo pasado, casi a unos orígenes constitucionales, dicha misma práctica de la *judicial review* es durante la última centuria cuando se ha planteado y desenvuelto (17). Significativamente, es en los Estados Unidos y en nuestro siglo, a mediados, donde y cuando se ha producido una nueva versión del mismo capítulo comparativo: *Droit administratif and the rule of law* (18). Es igualmente en ellos y por la misma época donde y cuando se adopta este tópico de la regla no sólo para significarse e identificarse el propio sistema, sino también para hacer mérito, defensa y propaganda del mismo. En lo que aquí nos importa, resulta ser finalmente un *régimen de justicia*, lo contrario exactamente a un *imperio de la*

(16) ROBERTO L. BLANCO: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid 1994, pp. 87-177.

(17) CHRISTOPHER WOLFE: *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Nueva York, 1986; ROBERT LOWRY CLINTON: «*Marbury v. Madison*» and *Judicial Review*, Lawrence, 1989; para ubicación inicial también SHANNON C. STIMSON: *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, 1990.

(18) BERNARD SCHWATZ: *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, 1954, pp. 306-338.

ley, a lo que esto al menos expresa literalmente. Puede serlo en casa, porque para la representación y publicidad hacia el exterior se traduce sin ambages, como si fuera lo mismo, por tal otra expresión más bien contraria o por la de *estado de derecho* que tampoco por sí parece que asuma dicho sentido de régimen judicial (19).

Advirtámoslo bien. Los mismos contrasentidos de unas posibles traducciones pueden tener explicación histórica sin cobrar por ello sentido constitucional. Ahí, en esos Estados Unidos, *rule of law* corresponde a *régimen de derecho judicial*, *régimen judicial de derecho* o expresiones equivalentes. Guste o no guste, tal es la traducción sustantiva. Para seguir orientándonos en el derecho, si no también en la lengua, a partir y a través de la historia, siguiendo esta señalización, conviene que volvamos a nuestro campo, al del *imperio de la ley*. Ya estamos en antecedentes de una *rule of law* que no es ni representa dicho poder. Vamos entonces a proseguir con un transcurso histórico a fin de sopesar una secuela, la *carga quizá invisible, pero condicionante* que el mismo rumbo de la historia puede que arrastre según aviso de Tomás y Valiente. Conviene que sigamos con lo uno, con un pasado, para observar lo otro, un lastre. Vayamos ya con el tópico nuestro, con el de *imperio de la ley*.

3. *El imperio de la ley* como principio no parece anterior a la *rule of law*, pero esto no es tampoco lo que suele decirse. Muy al contrario, la mejor historiografía del derecho nos asegura que en la ilustración del XVIII, más de un siglo así antes del invento de la *rule of law*, se planteó el ideal de un *imperio de la ley* presidiendo incluso un sistema de *separación de poderes*, como también nos afirman que la revolución francesa y la codificación napoleónica vinieron, entre siglos, a dar un cumplimiento (20). Los principales artífices del presunto invento ilustrado serían, para una decisiva formulación general, Montesquieu y, para una importante aplicación sectorial, Beccaria. En lo que interesa a nuestro extremo concreto, el primero dijo efectivamente aquello tan famoso de que el juez es la *boca de la ley*, «la bouche qui prononce les paroles de la loi», pero en un contexto, el del sistema inglés precisamente, en el que difícilmente cabía que *loi* se identificase en rigor con ley de determinación política y en un tiempo además, a mediados del XVIII, en el que sencillamente faltaba en sitio alguno la idea de la misma, de *la ley*, como norma exclusiva y excluyente de dicha determinación (21). El Montesquieu de *el*

(19) MAURO BARBERIS: «Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso». en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 64, 1987, pp. 511-544. Apréciase también en el debate sobre la *Rule of Law* planteado desde su aparición en 1988 por *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.

(20) GIOVANNI TARELLO: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976; HELMUT COING: *Europäisches Privatrecht, 1800 bis 1914*, vol. II, 19. *Jahrhundert*, Munich, 1989, pp. 252-253: «Die Sozialphilosophie der Aufklärung ist von dem Gedanken der Herrschaft der Gesetze im Staat und der Teilung der Gewalten bestimmt».

(21) MONTESQUIEU: *Oeuvres Complètes*, edición de Daniel Oster, París, 1964, p. 589, del libro XI, *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*, cap. 6, *De la constitution d'Angleterre*, de *De l'Esprit des Loix* (1748).

espíritu de las leyes no es el que luego querrán unos promotores constitucionales. No lo es ni la palabra ley del título (22).

Beccaria habría aplicado a los pocos años el ideal de ley al Derecho Penal. «Le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest' autorità non può residere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contrato sociale», escribió efectivamente. «Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social», vertió un temprano traductor al castellano (23). Más tampoco con ello se expresaba lo que hoy tiende a entenderse. Entonces no podía tenerse idea formada de la ley como derecho prescindiéndose para su misma determinación de la concurrencia de la justicia. Un ejemplar con glosas del propio Beccaria en forma manuscrita anota la expresión *le sole Leggi*: «che sono i patti con cui ogni uomo si é unito con gli altri», que son los pactos con los que cada hombre se une a otros (24). No tendría nada más tangible a mano ni a la vista. Excluyendo la justicia a este propósito de determinación del derecho, no podía definir con precisión la ley sin arriesgar el paso de lo que entendía como un despotismo judicial a otro de carácter más político (25). Por lo que aquí nos importa, difícilmente podía formular el principio. A lo que nos va ahora, los conceptos vienen luego. El Beccaria de *los delitos y las penas* tampoco es el que querrían más tarde unos operarios de códigos.

Nuestro principio, por no ser menos que el de la *rule of law*, todavía se quiere más clásico (26). Mas el hecho es que en toda la cultura histórica del derecho europeo, la de raíces antiguas, formación medieval y vigencia moderna hasta las mismísimas vísperas de nuestra época constitucional que es la revolución francesa o incluso hasta dentro del propio constitucionalismo allí donde éste permanece ajeno a dicha influencia revolucionaria, tal idea, la de *imperio* estricto de la ley estricta ni siquiera cabía (27). Y hay más todavía. Ni siquiera la revolución francesa, con su efectiva concepción de una *separación de poderes* bajo la égida de la ley, como tampoco la codificación napoleónica, con su aparente reducción del derecho a legislación, implicaron planteamiento estricto y aún menos entronización definitiva del *imperio de la ley*.

(22) GIORGIO REBUFFA: *La funzione giudiziaria*. Turín, 1993, pp. 15-26.

(23) CESARE BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*, Lausana, 1764, p. 8; *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1784, p. 14, del que se tiene facsímil con Presentación de Tomás y Valiente, Madrid, 1993.

(24) Edición primera, la citada de Lausana, pero en realidad Livorno, ejemplar del facsímil con introducción de Luigi Firpo, Turín, 1964, p. 8 dicha.

(25) G. TARELLO: *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 462-483.

(26) LUIS ALCALÁ ZAMORA: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, 1979: «El imperio de la ley, que algunos creen producto del constitucionalismo decimonónico, proviene, dentro de la mejor solera jurídica, de Roma...», en la voz como siempre para estos instrumentos.

(27) JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa*, 1250-1350, Madrid 1992, para el momento creativo clave de dicha cultura histórica común europea.

Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho que no alcanza dicho efecto, pero que será importante para su aparición posterior. Es premisa que viene con la revolución francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del código civil más en concreto. Ahí está la ley como expresión ella misma de *soberanía*, de un poder normativo exento él mismo de derecho; ahí tenemos *la ley* como norma de producción política que, respecto al ejercicio de *la justicia*, puede identificarse sin más con *el derecho*, un fenómeno constatablemente inédito y prácticamente impensable con anterioridad (28). A partir de ahí también tenemos unos mecanismos eficientes de imposición de la legislación y de control de legalidad sobre la justicia, comenzándose por la cancelación completa de la existente para la conversión de la nueva, por la que toca a su entidad, en criatura entera de la ley (29). Resultará un sistema en el que no cabrá *rule of law* porque comienza por no admitir *rule of rights*, derechos anteriores al poder legislativo ni a otros poderes constituyentes del Estado. Entronizada de tal modo la ley, no admite derechos con valor propio ni cuando procede a su declaración (30).

Aún no tenemos, ni siquiera por la supeditación de los derechos, el *imperio de la ley*. Puede decirse que hay en Francia un *imperio* y además de *ley*, pero no cabe decir que haya un *imperio de la ley* como principio ni identificatorio del sistema establecido ni desiderativo siquiera para el mismo. Aquella *escuela de la exégesis* o aquel *juez mudo* a los que Tomás y Valiente hacía referencia como modelos hoy claramente negativos, aquellos juristas decimonónicos reducidos prácticamente a lectores aplicados de la ley, crean una imagen engañosa de lo que fuera entonces el derecho porque comenzaban por amputarle todo un ámbito público. Su principio de *imperio de ley* no representa *el imperio de la ley*. La misma construcción técnica del sintagma con alcance general no parece ni siquiera anterior a la de *rule of law*, a la de este signo de finales del XIX. La expresión y aplicación de un *imperio de la ley* va a existir desde temprano en la centuria, pero sin dar lugar ni paso a la proposición y construcción de clave constitucional por constitutiva. Y no es descuido. No es que nadie proponga y construya la ocurrencia. Es que la misma cabe en rigor difícilmente por algo ante todo que ya sabemos, por aquel *droit administratif* que Dicey nos señalaba, por un *derecho administrativo* que es tam-

(28) STÉPHANE RIALS (presentación): *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pp. 27-473; LUCIEN JAUME: *El jacobinismo y el Estado moderno*, Madrid, 1990; B. CLAVERO: *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 61-128.

(29) YVES LOUIS HUFTEAU: *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, París, 1965; JEAN LOUIS HALPÉRIN: *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, París, 1987; JEAN PIERRE ROYER: *Histoire de la justice en France*, París, 1995, pp. 231-571.

(30) B. CLAVERO: «"Garantie des droits": emplazamiento histórico del enunciado constitucional», en ANDREA ROMANO (curador): *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente*, Milán, 1994, pp. 19-39.

bién, como la codificación, criatura revolucionaria y de hechura igualmente napoleónica. Y todo esto interesará a una Europa continental que en diversa medida seguirá los pasos de Francia (31).

Codificación del derecho y derecho administrativo sin codificar constituyen las dos caras de una única moneda. Los códigos despliegan la *ley* que rige la *justicia*, un derecho de determinación política que la constituye orgánicamente, la dirige procedimentalmente y tiende a fijarla sustantivamente sin dejarle espacio autónomo. Pero ésta es ahora una justicia cuya competencia estrictamente se delimita mediante la exención expresa de unos poderes, tanto del legislativo como del que se dice ejecutivo, como de un poder gubernativo y administrativo. Éstos, de carácter político, cuentan entonces con el espacio más autónomo sin contrapesos ni controles que pueda sujetar la ley a Constitución ni el gobierno y su administración a ley. Las mismas Constituciones se plantean ahora de modo que presuponen, cuando no establecen, dicha exclusión de la justicia. O no reconocen entonces derechos o lo hacen de forma programática para dirección discrecional de la ley (32).

¿Estamos reconociendo el régimen de *droit administratif* que diría Dicey? Efectivamente, he ahí una *administración* con facultad reglamentaria autónoma y con competencia jurisdiccional propia, un poder político que así escapa a ley y a justicia y que tampoco se debe entonces a derechos. Así podía concretamente entenderse la *séparation de pouvoirs*, el principio de *separación de poderes* que se postula desde la revolución. ¿Cómo iba a construirse un *imperio de la ley* bajo tales condiciones? Son cosas sabidas (33), pero a las que no suele otorgarse su significación constitucional, la inconstitucional para Dicey precisamente.

Un poder gubernativo y administrativo queda excluido del *imperio de ley* que la codificación implica, pero esto no significa que todo el ámbito público resulte exento. La justicia, toda ella una vez que se produce dicha exclusión, queda bajo ley, sujeta a codificación. Su posición, su entidad, su organización, su procedimiento y su determinación, todo ello corresponde y responde a legislación. Tal legalización extrema de la justicia puede así entenderse como un imperativo constitucional de alcance sectorial, como lo que podrá llamarse *principio de legalidad*. Es la legalidad traída por la revolución y la codificación, una

(31) H. COING (director): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vols. III.1-III.5, *Das 19. Jahrhundert*, Munich 1982-1988.

(32) JACQUES CHEVALIER: *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, 1970; MICHEL TROPER: *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (1973), París, 1980; MICHEL VERPEAUX: *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París, 1991; GILLES J. GUGLIELMI: *La notion d'Administration Publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París, 1991; PAOLO COLOMBO: *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán, 1993; STEFANO MANNONI: *Une et indivisible. Storia dell'accenramento amministrativo in Francia*, vol. II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milán, 1996.

(33) R. L. BLANCO: *El valor de la Constitución*, pp. 181-307.

legalidad que no queda establecida con carácter general como principio del sistema (34).

Un *principio de legalidad* como tal principio general no estaba producido ni se producirá todavía. Exento se encuentra un poder no precisamente judicial. Unas realidades ya establecidas conspiran contra un presunto *imperio de la ley*. Las propias Constituciones ya no lo asumirán para sí mismas, perdiendo una posición de presidencia del derecho, o de *rule of law* si quiere decirse, que no tendrán medio de recuperar ni proponiéndoselo (35). Aquí no tendremos una *rule of Constitution*, fuera la Constitución ley primera o norma superior a ley. Si estamos tratando de la existencia o de la posibilidad de un *imperio* o de alguna otra forma de régimen del *derecho* sobre el poder, no debemos dejar de subrayar esta diferencia básica del disvalor de la Constitución, de su falta de valor y no sólo de su valor inferior, con respecto al sistema que se dirá de *rule of law*.

Y hay más. Tampoco unas posiciones más sustancialmente constitucionales favorecen entonces ese principio ni este imperio. En el mismo caso de Francia, que influirá por la Europa continental, también hay planteamientos de dicho signo más constitucional en cuyas perspectivas tampoco parece haber el *imperio de la ley*. La misma *separación de poderes* intenta constitucionalmente definirse de modo que impida la dirección del legislativo, esta concreta *soberanía*. Otra cosa sería *despotismo*, el que la revolución representa precisamente. Por la primera mitad del siglo XIX podemos encontrar fácilmente la advertencia. Si la «suma autoridad se encuentra reunida a la potestad legislativa, la ley, que no debía extenderse sino a objetos determinados, se extiende a todo, y en tal caso hay una arbitrariedad y una tiranía sin límites». Es posición que puede sentarse en consideración expresa de derechos, por su reconocimiento y para su garantía, sin el corolario aquí de una capacitación independiente de la justicia. Conculcándolos, *la ley* misma puede incurrir en *ilegalidad*, o en la inconstitucionalidad que supone un derecho o *law* por encima de legislación, pero sin que esto tenga remedio judicial ni ningún otro constitucional. A lo que ahora nos interesa, el *imperio de la ley* puede verse que no cabe (36).

(34) ROBERTO MARTUCCI: *La Costituente e il problema penale in Francia, 1789-1791*, Milán, 1984; ANTONIO PADOA SCHIOPPA (director): *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlín, 1987; ROBERT BADINTER (director): *Une autre Justice. Contribution à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París, 1989; PIERRE LASCOUMES, PIERRETTE PONCELA y PIERRE LENOEL: *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, París, 1989; J. L. HALPÉRIN: *L'impossible Code civil*, París, 1992.

(35) PIERO CRAVERI: *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Nápoles, 1985; PIERRE ROSANVALLON: *La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, París 1994.

(36) BENJAMIN CONSTANT: *Curso de Política Constitucional*, «traducido libremente» por Marcial Antonio López, con *Observaciones* del mismo, Madrid, 1820, cap. I: *De la soberanía del pueblo*, cap. 2: *De la definición y diferencia de los poderes constitucionales*, cap. 7: *Del poder representativo y modo de ejercerle*, cap. 22: *De los derechos individuales*; citas, vol. I, p. 35, y vol. II, p. 85. El

Es un planteamiento constitucional que podrá mantener cierto juego en los ámbitos de la codificación civil y mercantil, en los que más difícilmente así se definirá un estricto *principio de legalidad*. Mas la idea primaria de *imperio de ley* podía también existir y manifestarse. Curiosamente, quien más la abona es un jurista inglés, pero adversario del *common law* y adalid de la codificación (37). En España la tenemos desde la misma primera mitad del XIX (38). A mediados, unas *Lecciones de Derecho Político* pueden exponerla de forma que nos permite apreciar su alcance relativo todavía (39). Se aplica a la revolución francesa como acontecimiento negativo: «Aquel imperio de la ley había sido la tiranía más odiosa». Pero se le tiene también por un fenómeno más positivo: «Mal entiendo la libertad absoluta de quienes viven sujetos al imperio de la ley». Esto, tal *imperio de la ley*, tal sujeción, y no ese grado de libertad, es lo que se defiende. Se postulan leyes que atiendan derechos, mas haciendo depender éstos, los derechos, de aquéllas, las leyes.

Lo que resulta así absoluto, sin posibilidad de incurrir en *ilegalidad*, es *la ley*, su predicamento. «No hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad, ya formada, y de las leyes». «No reconozco yo un solo derecho en los individuos ni un solo punto en la constitución que no pueda ser variado o suspendido por la autoridad, se entiende, *que tiene facultad de hacer las leyes y no por otra*». Priva así expresamente una *omnipotencia parlamentaria* de alcance bien distinto a la *sovereignty of parliament* pues de ella dependen los *rights*, los derechos, sin posibilidad de interposición de la justicia. La ley rige. Así se procede a la defensa de la codificación, de «los códigos, tan necesarios, a mi entender, a la felicidad de los pueblos que su importancia es sin duda muy superior a las constituciones», de las cuales se piensa que no deben tomarse como normas iguales a los códigos, pues rigen sin vincular. El *imperio es de la ley*. Es «estado regido por leyes».

Sin embargo, en esas mismas posiciones se nos especifica que estamos ante un *imperio de la ley* o un *estado regido por leyes más civil que constitucional*,

Curso se compone con textos diversos de Constant resultando una sistemática que no es suya. El paso de *illégalité dans les lois* he comprobado que le pertenece; ETIENNE HOFMANN: *Les «Principes de politique» de Benjamin Constant*, vol. II, *Texte établi d'après les manuscrites de Lausanne et Paris avec une introduction et des notes*, Ginebra, 1980, p. 482, en una adición de 1810 a dichos *Principes*, principios que constituyen el grueso básico del curso y adición que equivale al capítulo 22 citado.

(37) MANUEL TORRES CAMPOS: *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1896*, Madrid, 1883-1897, índice de autores, remisiones de JEREMY BENTHAM, a quien naturalmente me refiero.

(38) B. CLAVERO: «Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, pp. 81-194.

(39) ANTONIO ALCALÁ GALIANO: *Lecciones de Derecho Político* (1843), Madrid, 1984, pp. 55-61, 242-243, 294 y 297-306, para todo lo que sigue, con el subrayado, en el siguiente párrafo, que he comprobado original, de 1843, donde parece una cita sin identificar.

más respecto a los individuos que a los poderes. La misma ley se está afirmando frente a los primeros y no frente a los segundos. Para que se imponga eficazmente en el primer ámbito, en el de los individuos, esta misma afirmación de la ley alcanza a la justicia. La codificación se sabe que no se extiende a la materia administrativa o en general política y la constitución no se admite que sea código. Ya se ve que la ley tiene imperio, un poder y una fuerza, pero también que no está concibiéndose un *imperio de la ley* que defina y rija el sistema, La expresión no es que sea insignificante, pero no se significa como principio. No aparece como un signo distintivo, como una divisa identificatoria. Esto podrá venir más tarde, después de que haga su aparición la *rule of law* como signo y divisa.

Dicho imperio limitado de la ley podía predicarse para España, pero por esto no se imponía. No confundamos planos. La codificación aquí se postula desde unos inicios constitucionales, pero nunca llega a implantarse por entero, con el efecto de que no hay durante el XIX, no ya *imperio de la ley*, sino ni siquiera el *imperio de ley* del modelo francés. Hay uno bastante más discreto y con la consecuencia esto a su vez de generarse un *imperio de justicia* complementario, un poder judicial de determinación del derecho que tiende a concentrarse a la larga en un Tribunal Supremo bastante dependiente a su vez de un poder gubernativo. Hay aquí desde el pasado siglo algo que, si queremos decirlo con tópico de la *rule of law*, resulta un *stare decisis*, una vinculación de la justicia a decisiones judiciales, pero presentando un signo bien distinto al faltarle, o mejor fallarle, sustento constitucional. Esto se une al hecho de un éxito mayor en la importación del *droit administratif* durante el siglo con relativa exención legislativa y superior incapacidad judicial. Quizá no resulte la imagen historiográfica usual de aquella España constitucional, pero por ahí andan unos datos primarios (40). De ser así, ¿qué *imperio de la ley* podía entonces realmente predicarse y menos establecerse?

Con todo y en general, un principio constitucional de *imperio de la ley* como característico y definitorio de todo un sistema no es sólo que no estuviera técnicamente formado, sino que difícilmente podía siquiera estarlo a lo largo del siglo XIX y hacia finales, cuando se fragua y forja el signo y la divisa de la *rule of law*. Será más bien una secuela. El progenitor resulta así conocido, mas no hay o no encuentro registro de nacimiento. La genética parece en el caso desinhibida por difusa. Al fin y al cabo la expresión tenía curso tratándose de una cristalización de sentido ante el reto de la *rule of law*. Esto ocurre ya en el siglo XX. Trate-mos ahora de entender la posición que ocupa tal *imperio* respecto a la *regla* para ver siempre de poder captar en algo su significación presente.

Unos diccionarios nos dan la pista de que el *imperio de la ley* puede cuajar como traducción de la *rule of law*, una traducción que, por resultar equívoca,

(40) B. CLAVERO: «Arqueología constitucional: empleo de universidad y desempleo de derecho», en *Quaderni Fiorentini*, 21, 1992, pp. 37-87.

podiera ser interesada. Verter *rule* por *imperio* implica convertir en una expresión de poder otra más neutra. Traducir *law* por la *ley* puede ser más comprensible, pues parece más automático, dada la identidad etimológica y el solapamiento parcial, pero pudiera no ser tan inocente desde un origen. Ya podemos venir detectando que la correspondencia, incluso técnica, entre lenguas resulta más contextual que léxica. Un *law* genérico puede apuntar a *derecho* y no a *ley*, al conjunto del ordenamiento objetivo y no sólo a una clase particular de norma como la de determinación política, mientras que una expresión más determinada puede indicar eso segundo, la legislación, y no ya lo primero, *el derecho*. También es verdad que la traducción pertenece al medio de unas categorías que responden a los planteamientos de la codificación: *el derecho es la ley como la ley es el derecho* y no cabe teóricamente otra cosa, pero en éstas precisamente estamos. Puede darse así ingenuidad, pero no por ello inocencia. La traducción, como la acuñación, resulta una operación performativa: postula un modo diverso de régimen normativo, no el judicial de la *rule of law*, sino el legislativo de la codificación.

¿Puede hacerlo sin poner en cuestión la pieza complementaria del *droit administratif*? Si la *rule of law* atraía el *imperio de la ley* por vía de traducción a una posición definidora del sistema constitucional, esto no suponía desde luego un riesgo para el régimen de la codificación, pero ¿y para el del *derecho administrativo* y todo lo que particularmente implica en cuanto a exención legislativa y judicial? Una traducción tan sesgada puede evitar la incidencia de la *regla del derecho* respecto a la capacitación de la justicia, pero no lo logra respecto al apoderamiento del gobierno y la administración. Son cosas que en efecto se van a plantear en el siglo XX a propósito de estos tópicos. Mas antes de llegar a ellas, a unas novedades, conviene que nos detengamos todavía en el XIX. En este tiempo, con anterioridad así a que se produzca la acuñación estricta del *imperio de la ley*, una tónica constitucional se va a enriquecer con otros aportes que interesarán a las relaciones entre aquella *regla* y este *imperio*, así como al alcance particular de éste último. Sigamos tomándole las medidas, por tomarle finalmente las distancias, al peso de la *carga quizá invisible, pero condicionante* advertida por Tomás y Valiente.

4. *Imperio de la ley* y *rule of law* no van a enfrentarse limpiamente. El primero cobrará cuerpo y sentido a rastras y a contrapié de la segunda, pero no cara a cara. El encuentro no se producirá en campo abierto, sino en terreno cultivado. La cultura la ponen unos medios que, no participando de la *rule of law* ni acogiendo la fórmula de codificación y derecho administrativo, intentan construir su propio sistema y establecerlo por vía doctrinal, por esta suerte de hegemonía social (41). No vienen de un constitucionalismo como el británico ni atraviesan

(41) MAURIZIO FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milán, 1979; PIERANGELO SCHIERA: *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*. Bolonia, 1987.

una revolución como la francesa. Se trata de otros medios europeos continentales, fundamentalmente germanos. Desde mediados del siglo XIX, construyen una serie de tópicos que van a producir interferencias de primer orden: *Selfgovernment*, *Rechtsstaat* y *Rechtssatz*, esto es, *autogobierno* dicho así en inglés, y *estado de derecho* e incluso *regla de derecho* dicho y dicha en alemán. Son también inventos más que descubrimientos, artefactos culturales más performativos y conformadores que intelectivos y analíticos. Y tienen también nacimiento, unas décadas anterior a la *rule of law*, e incluso nación, una alemana todavía por entonces más cultural que política.

Selfgovernment es otro tópico presuntamente definitorio del constitucionalismo británico y por extensión del estadounidense, pero de producción no propia, sino alemana. Puede hacer la competencia a la *rule of law*, pero sobre todo cabe que interponga una representación incompatible. Apunta primariamente a un elemento que Dicey no admitiría en su *Introducción al Derecho de la Constitución* por chocar con el principio para él básico de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento, y también por estorbar la posición de la *rule of law*. No es raro que ambas ideas corran luego extrapolándose y caracterizando conjuntamente un constitucionalismo, pero históricamente resultan en efecto incompatibles, más incluso de lo que pudiera parecerle al mismo Dicey. Y esto es porque *selfgovernment* no significa entonces exactamente lo que la palabra dice, *autogobierno*. No vamos a sorprendernos a estas alturas de que tales cosas ocurran. Estamos en guardia.

El tópico se produce a mediados del XIX por juristas prusianos o en general alemanes y por necesidades e intereses naturalmente propios, tratándose de perfilar un modelo de relaciones entre el Estado y las corporaciones territoriales y locales internas sobre un fundamento que se identifica con ese término inglés de *selfgovernment*, pero que atiende al establecimiento de la presencia estatal en un medio de fuertes autarquías corporativas, de esta base efectiva que no ha pasado por una revolución como la francesa (42). En Inglaterra ya existía la expresión jurídica y la posición política de un *local selfgovernment*, pero sin la construcción. *Selfgovernment* se dice en inglés, pero *Selbstverwaltung* en alemán, esto es, no entonces *autogobierno*, sino *autoadministración*. Realmente se miraba a la autonomía local, pero mediante la superposición de administración supralocal, aunque así también con resistencia a la imposición incondicional de ésta. Se entra en la órbita del *droit administratif* presente y cercano, no por el camino de la *rule of law* futura y algo menos vecina. Hasta tal punto la *Selbstverwaltung* responde a unos supuestos diversos a los presuntos del *selfgovernment* que, cuando se considera entonces su extensión más allá de la administración local o territorial, su aplicación al Estado no se produce en una línea que pudiera decirse demo-

(42) FABIO RUGGE: *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milán, 1989.

crática, sino en esa dirección del *droit administratif*, entendiéndose expresamente que el gobierno y la administración estatales han de gozar también de su propio espacio de autonomía, de su *Selbstverwaltung* (43).

Resulta así el *selfgovernment* efectivamente un tópico continental y no británico, como no dejó de ponerse en evidencia ya por su tiempo (44). Aunque también en la época podrá esto olvidarse, como comprobaremos, no fue ningún secreto (45). Prevengámonos así también contra el equívoco. Sigamos poniéndonos en guardia. Si quiere traducirse entonces la expresión manteniéndose el sustantivo, hágase, no por *autogobierno*, sino por su contrario, por *heterogobierno*. Guste o no, eso denotaba en aquel medio. Compréndase el equívoco, pues los tópicos no significan por sí mismos, sino por su función.

Es lectura que debe igualmente aplicarse a las otras ocurrencias de aquellos medios. Tenemos también la del *Rechtsstaat*, pues es así directamente en alemán como hace su aparición entonces aquella expresión de *estado de derecho* que también pudiera constituir uno de los posibles equivalentes a la de *rule of law* incluso con preferencia quizá hoy a la de *imperio de la ley*. Tampoco originalmente es que lo resulte. Comenzaba dando el Estado por supuesto, teniéndolo por preconstituido, planteándose además su regulación no tanto mediante dirección de ley y habilitación de justicia como por medio de determinaciones y controles propios, aun presentándose también tendencias más legalistas y bajo ley, tan limitadamente judicialistas. Se operaba en este punto sobre la base de monarquía de derecho histórico que se resistía a la constitucionalización. La posición no resulta así ajena a la órbita de la codificación, promocionándola, ni tampoco a la del *droit administratif*, favoreciéndolo al menos en su versión dominante. La habilitación de unos poderes gubernativos y administrativos del Estado preconstituido no tenía por qué precisar ley, cabiendo que se sometieran a su propia dirección y a sus propios controles. Entendido así, el *Rechtsstaat*, este estado de derecho, podía

(43) M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica*, pp. 213-231; BERND WUNDER: *Verwaltung*, pp. 80-85, en OTTO BRUNNER, WERNER CONZE y REINHART KOSSELLECK (directores): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, 1972-1992, vol. VII, 1992, pp. 1-96; MICHAEL STOLLEIS: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich 1988-1992, vol. II, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft, 1800-1914*, pp. 385-393; F. RUGGE: «*Selbstverwaltung*». *Metamorfosi di una nozione costituzionale nella Germania contemporanea*, en P. SHIERA (director): *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bologna, 1993, pp. 163-200; WOLFGANG POEGGELER: *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions und Wissenschaftsgeschichte, 1748-1914*, Berlín 1995, pp. 80-88.

(44) JOSEF REDLICH y FRANCIS W. HIRST: *The History of the Local Government in England (1901-1903)*, Londres, 1958; W. POEGGELER: *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, pp. 100-106.

(45) RUDOLF VON GNEIST: *L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, original de 1860. Turín, 1896, sin registro de traducción, vol. I, pp. 45-54; CONRARD BORNHAK: *Rodolfo Gneist (necrología)*, p. 52: «L'idea (*selfgovernment*) é puramente tedesca, e propriamente prussiana, e non inglese».

también ofrecer no una forma de traducción de la *rule of law*, sino un impedimento a la comunicación (46).

También he dicho que estos medios doctrinales produjeron lo que a primera vista parece una traducción exacta y así comprometida de *rule of law*: la *Rechtssatz* o *regla de derecho*. Como ya desconfiamos, de tanto ponernos en guardia, comprobemos. No nos extrañará que la expresión, insertándose en un medio extraño, se desvirtúe o venga a significar otra cosa. *Rechtssatz*, *règle de droit*, *regla de derecho*, esta *rule of law* en otros idiomas europeos, es principio que vino a entenderse definitivo de la misma ley produciéndose así una identificación, pero esto, no a los efectos de recepción de un canon constitucional de derechos con la correspondiente primacía de la justicia, sino como criterio de delimitación de una *reserva de ley* o campo de competencia propia que se determina por consideración de los mismos, de los derechos, potenciándose así el poder legislativo sobre ellos y asegurándose de tal modo también el espacio de autonomía para el gobierno y la administración sobre un resto. Así resulta que con *regla de derecho*, incluso, puede mantenerse el apoderamiento gubernativo del *droit administratif* o esta específica *séparation de pouvoirs*, una *separación de poderes* favorable a estos mismos en una medida impensable desde los presupuestos de la *rule of law*. Dada la forma de identificación, *regla de derecho* no implica riesgo de poder. Tampoco parece encerrarlo por sí sola sin dicha ecuación con ley. Fuera de su contexto constitucional, del *common law* de este alcance, la fórmula resulta descomprometida. *Regla de derecho* podía entenderse que incluso comprendía el *droit administratif* (47).

Los mismos giros no significan lo mismo. Ambas *reglas de derecho*, la de producción alemana y extensión continental como la de factura inglesa y exportación norteamericana, son *reglas de derechos*; son incluso *rule of rights* como *rule of law*, pero en sentidos diametralmente opuestos. Una, la *Rechtssatz* y equivalentes, entiende que los derechos definen el ámbito material de la ley, una reserva de competencia, siendo así la función legislativa la regulación constitutiva de los derechos mismos, subordinando a la justicia. La otra, la *rule of law*, ya sabemos que supone lo contrario, una dirección del ordenamiento por parte de los derechos con capacitación inmediata e independiente de la justicia.

(46) F. NEUMANN: *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 203-207; M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica*, pp. 279-315; ERNST WOLFGANG BOECKENFOERDE: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfänge der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, edición ampliada, Berlín, 1981, pp. 126-209; GÖRG HAVERKATE: *Staat*, pp. 74-77, en O. BRUNNER, W. CONZE y R. KOSSELLECK (dirs.): *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. VI, 1990, pp. 4-98; M. STOLLEIS: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, pp. 172-176, 258-265 y 276-280.

(47) F. NEUMANN: *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 245-253; E. W. BOECKENFOERDE: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, pp. 226-329; MARIE JOELLE REDOR: *De l'État legal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, París, 1992.

La *regla de derecho*, la correspondencia literal de la *rule of law*, está más presente en la literatura constitucional de la Europa continental de lo que suele hoy reconocerse. La encontramos incluso en una posición similar, no reducida así exclusivamente a criterio de demarcación y apoderamiento de la ley, sino elevada incluso a principio. Puede anteponerse expresamente al Estado entero como premisa suya, pero sin que cobre por ello valor normativo propio ni cuerpo constitucional alguno. La misma justicia, igual que la ley, es el Estado quien aquí la genera y la presta, no cabiendo de otro modo. En este contexto, se plantea y maneja, pero no se consagra y consolida, una identificación neta de la *regla de derecho* como *regla de derechos*, de los principios como *rights*, como algo que ni siquiera aquí se distingue con nombre propio. Resultan así planteamientos que, no contando a su nivel con justicia, se disuelven en filosofía para lo que interesa precisamente a la *regla de derecho* (48).

Es un contexto en el que pueden concebirse *derechos subjetivos* de interés constitucional. Se concretan como derechos públicos, unos derechos de titularidad subjetiva y de garantía pública, los *derechos públicos subjetivos* de los que se hacen cargo las leyes o también la Constitución y que así, de dicho modo y no de otro, tienen el amparo de la justicia. La misma *Rechtssatz* o *regla de derecho*, mirando a derechos, puede aplicarse a la norma constitucional, resultando entonces una forma de delimitar campo propio de competencia y así de disposición, no de subordinación. La Constitución opera como ley y como ley superior, sin cabida para alguna *rule of law* que pueda regirla, sin esta posibilidad de justicia. La doctrina asume como predicados propios unos *derechos*, pero, con su premisa anterior del *derecho público*, puede conocer incluso la derivación hacia la cancelación de los mismos, hacia una negación de *rights* que en realidad nunca ha reconocido. *Recht* podrá ser *Reich*, imperio máximo (49). Pero no creo que aquí haya de importarnos la derrota claramente no constitucional más que el arranque problemáticamente tal. El *Rechtstaat*, el *estado de derecho*, y la *Rechtssatz*, la *regla de derecho*, han nacido en el continente europeo sin un principio de reconocimiento y garantía de *derechos*, sin esta base constitucional de justicia. No podían confluir con la *rule of law* y pueden en cambio interferirla e incluso impedirla.

La interferencia histórica entre *Rechtssatz* y *rule of law*, con el efecto de cegamiento de la segunda, pasa hoy usualmente desapercibida, con la inadvertencia más sustantiva que ello supone respecto a su alcance radicalmente reductivo, cuando no cancelatorio, de derechos constitucionales. La misma expresión alemana de *regla de derecho*, dicha *Rechtssatz*, ha acabado por traducirse y suele hoy vertirse

(48) LÉON DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel* (1920). París, 1927-1930, vol. 1, *La règle de droit* y *Le problème de l'État*.

(49) JOSEPH W. BENDERSKY: *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton, 1983; MASSIMO LA TORRE: *La «lotta contro il diritto soggettivo»*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milán, 1988.

como *precepto jurídico*, *proposición jurídica* u otras expresiones que velan su posición pretérita como tópico que le pudo hacer entonces tan eficazmente la competencia a la *rule of law*, reproduciéndose así todavía el eclipse, bien que sea sólo parcial (50). Es una óptica o falta de ella desde la que pueden verse derechos sustancialmente constitucionales en historias que propiamente los desconocen o que no los conocen porque al final vengan a ellos (51). El mismo lenguaje de los *derechos públicos subjetivos* como signos del *estado de derecho* ha podido recobrar valor, pero sin acabar de solventar la dependencia de la ley porque ésta sea al fin la constitucional, la Constitución considerada como norma suprema y sin causa así propia de derecho indisponible superior (52). Aun con *imperio de ley*, con uno que ya se conforma a una *regla de derechos*, tenemos así también una concepción del *estado de derecho* que puede decirse constitucional (53).

Seguimos en todo caso no sólo sin *rule of law*, sino también con un *imperio de la ley* tan dispuesto a presumir equivalencia constitucional como predispuesto a no reconocer deficiencia judicial. En estas condiciones, si intentamos recuperar la traducción literal de *regla de derecho* por recobrar el sentido original, podemos también con facilidad arrastrar la denotación que así resiste y que no es precisamente de *regla*, sino de *imperio*, y tampoco entonces estrictamente de *derecho*, de un derecho de derechos. Al final, a estas alturas, la *rule of law* parece condenada a no tener ni siquiera posibilidad de la traducción exacta en principio tan sencilla. La *carga quizá invisible, pero condicionante*, de la que nos avisaba a conciencia Tomás y Valiente, está haciéndonos perceptible sin parecer que por ello pierda peso, sin dejar de condicionarnos.

5. *Rechtssatz*, *règle de droit* o *regla de derecho* dicha en algún idioma europeo continental no significaba automáticamente ni *rule of law* ni *rule of right* por separado ni conjuntamente. Hay una dificultad primera de carácter lingüístico, pero que es al tiempo constitucional. La raíz clásica de derecho, *rectum* o *directum*, ha acabado asumiendo en inglés, en la forma *right*, un sentido de derecho subjetivo, mientras que en estas otras lenguas, en las versiones *Recht*, *droit*, *derecho* u otras más del ámbito europeo, mantiene un sentido de ordenamiento objetivo. Estricta-

(50) RICARDO GARCÍA MACHO: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona 1988, pp. 29-42; JOSÉ MARÍA BAÑOS: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991, pp. 44-48; LUIS VILLACORTA: *Reserva de ley y Constitución*, Madrid, 1994, pp. 48-53.

(51) JOSÉ M. ROMERO: *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, 1983; GONZALO MAESTRO: «Los derechos públicos subjetivos en el constitucionalismo español del siglo XIX», en *Scienza e Politica per una Storia delle Dottrine*, 12, 1995, pp. 51-71.

(52) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, 1994; JOAQUÍN TORNOS, «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», en *Diritto Pubblico*, 1, 1995, pp. 57-90.

(53) FRANCISCO LAPORTA: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1994, pp. 133-145.

mente, por estos otros medios lingüísticos, no hay un modo propio de expresar un derecho subjetivo constitucional que no presuponga derecho objetivo y dependencia por ende del mismo. El uso indiscriminado del propio término de *derecho* para ambas acepciones abunda en ello. La indistinción terminológica ya de por sí debilita el discernimiento conceptual a costa de la acepción sobrevenida que es precisamente la de derecho subjetivo constitucional, este sentido de libertad.

La distinción está entre las criaturas que tienen registro conocido de nacimiento. Tampoco es antiguo ni medieval, como tiende usualmente a presumirse. Es de unas vísperas constitucionales, de las inglesas que son las primeras. A mediados del siglo XVII, Thomas Hobbes se empeñó en hacer la distinción entre *lex* o *law* como orden o establecimiento de derecho e *ius* o *right* como libertad o premisa de derechos. «The names *lex* and *ius*, that is to say, law and right, are often confounded, and yet scarce are there any two words of more contrary signification». «Invenio voces *legem civilem* et *jus civile* a scriptoribus promiscue usurpatas esse, quod fieri non debet. *Jus enim libertas* est»; «I find the words *lex civilis* and *jus civile*, that is to say law and right civil, promiscuously used for the same thing, even in the most learned authors. For *right* is *liberty*». «Multum ergo interest inter *legem* et *jus*; *lex enim vinculum*, *ius libertas* est, differuntque ut contraria»; «there is a great difference therefore between law and right. For law is a fetter, right is freedom; and they differ like contraries» (54).

Hobbes nos dice que hasta los expertos eran en su época promiscuos por no saber distinguir como él entre *law* y *right*, entre unos términos cuya diferencia puede llegar a la contradicción, pues el uno, *lex* como *law*, denota sujeción, y el otro, *ius* como *right*, libertad. Ellos, los expertos de la época, con razón replicarían que él inventaba; que comenzaba por inventar algo tan insólito y vulgar para entonces como el sujeto individual de la libertad y del orden, esta auténtica premisa, si no de un constitucionalismo propio, de todo sistema por venir que realmente merezca la denominación (55). Derecho subjetivo de sujeto individual con alcance constitutivo para el ordenamiento social, he aquí el invento redondo de Hobbes. También buscándose antecedentes resulta en rigor suyo (56). En él echa

(54) THOMAS HOBBS: *Tripos*, II. *De Corpore Politico or the Elements of Law*, en sus *English Works*, edición de William Molesworth, vol. IV, Londres, 1840, p. 222; *De Cive*, en su *Opera Philosophica quae latine scripsit*, mismos créditos, vol. II, 1839, p. 315; *Philosophical rudiments concerning Government and Society*, en las inglesas, vol. IV, 1841, p. 1841; *Leviathan, sive de Materia, Forma, et Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, en las latinas, vol. II, 1841, pp. 102 y 209; *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, en las inglesas, naturalmente, vol. III, 1839, pp. 117 y 276; obras de entre 1640 y 1657, el *Leviathan* de 1651.

(55) PIETRO COSTA: *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*. Milán, 1974; B. Clavero, «Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna», en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán, 1990, vol. I, pp. 153-171.

(56) RICHARD TUCK: *Natural Rights Theories: Their origin and development*. Cambridge, 1979, pp. 119-142; JAMES R. STONER: *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence, 1992.

sus raíces la distinción de transcendencia constitucional entre *right* y *law*. En lo que toca al menos a un lenguaje, ya vemos el éxito en inglés y el fracaso en otros idiomas, el latín incluido con todos sus romances.

Al cabo de un siglo y a distancia todavía largamente de otro para llegar al invento de la *rule of law*, en la segunda mitad del xviii, la distinción ya se encuentra plenamente consagrada, con *right* como libertad (57). Los *Commentaries* de William Blackstone que constituyen el puente principal de comunicación de *common law* entre Inglaterra y la América británica ni refleja duda alguna al propósito ni tiene necesidad de vindicar unas acepciones ya pacíficas (58). *Right* y *law* no se confunden, implicando el uno premisa de libertad y el otro corolario de orden. Como elemento igualmente consagrado del sistema, aparece ya también una soberanía parlamentaria en la forma incluso más enfática de *omnipotence of parliament*, pero comprendiéndose en el seno de un entendimiento del derecho, de una *construction* del *common law*, que mira a los *rights* antes y por encima de los *statutes*, a los *derechos* como canon de *las leyes*, de un modo que, sin la fórmula de *rule of law*, ya encierra sustancialmente la composición de Dicey. *Statute* o estatuto es el término técnico que viene a significar ley, la norma de producción parlamentaria, evitando la confusión a la que se presta *law*. Ya estaban así los elementos que hemos visto desarrollarse en América hasta llegar a la identificación de *rule of law* que hoy prevalece.

Ya estaba marcada al efecto una diferencia entre el inglés y otras lenguas europeas que no se superará porque éstas otras también conozcan a continuación la experiencia de una historia constitucional. En una tenemos *law* para orden y *right* para libertad; en otras, *derecho* como comodín de unas acepciones tan dispares y aun como fuente de unas confusiones ulteriores, pues su sentido objetivo tampoco a su vez sirve para distinguir entre *ley* y derecho. Fuera del inglés no habrá términos específicos para distinguir propiamente ni la libertad constitucional ni la norma parlamentaria. No los hay para la distinción más elemental entre libertad y ordenamiento. Son desde luego datos lingüísticos nada desconocidos, pero que no siempre se advertían ni que siempre se advierten (59).

(57) JOHN PHILLIP REID: *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, Madison, 1986. y *The Concept of liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1988.

(58) WILLIAM BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England. A facsimile of the first edition of 1765-1769*, con introducciones de Stanley N. Katz, A. W. Brian Simpson, John H. Langbein y Thomas A. Green, Chicago, 1979. vol. I. *Introduction*, sección II: *Of the Nature of Laws in general*, sec. III: *Of the Laws of England*, libro I: *Of the Rights of Persons*, cap. 1: *Of the absolute Rights of Persons*, cap. 2: *Of the Parliament*, con lo que sigue para lo que ahora nos importa. Y obsérvese también que es reprint americano como el que hemos registrado de Dicey.

(59) B. CLAVERO: *Institución histórica del derecho*. Madrid, 1992, pp. 9-16, como primera lección.

Un diccionario cuatrilingüe de entradas francesas presenta un desarrollo detalladísimo de *droit* con la correspondencia primera española de *derecho*, alemana de *Recht* e inglesa de *law*. Cuento unos ciento setenta y cinco sintagmas contruidos con el término principal de *droit* y sus correspondientes dichos. El primero es *droit administratif, derecho administrativo, administratif law, Verwaltungsrecht*, pero esto es una jugada, buena o mala según se prefiera, del orden alfabético. Entre tantos, sólo echo en falta uno: el de *rule of law* precisamente, pero es el francés y no el inglés la lengua que rige. Llegando *right* en inglés, la mejor correspondencia general primera que se le encuentra es *titre, título y Anspruch*. Rigiendo estas otras lenguas, tampoco tiene así entrada su sentido constitucional, el que pudiera definir una *rule of rights*. La expresión de *statute law*, esto es, la legislación parlamentaria o el derecho creado por ella, este sentido específico de *ley*, encuentra las correspondencias de *droit écrit, derecho escrito y geschriebenes Recht*, o también *droit legal, derecho legal y gesetzliches Recht*, nada que tampoco realmente rinda un sentido constitucional, que lo traduzca y comunique. Aun con toda su inconsciencia, o precisamente por ella, estamos ante un buen mapa de unos malos escenarios, los de unas lenguas continentales expresivas de unos derechos constitucionales o no se sabe entonces si tales (60).

Las secuelas están viniendo por sí solas a la vista. Sin la debida distinción, la misma regla de derecho que mira a derechos, la *Rechtssatz* o *règle de droit* que vimos, puede servir más fácilmente de criterio para sujetarlos a la ley y no para establecer un canon constitucional sobre la misma. *Regla de derecho* dicha en cualquier idioma, salvo el inglés, puede así predicar que los derechos no deben ser ignorados, desde luego, pero que los mismos han de ser atendidos por la legislación, esto es, que han de ser no sólo regulados, sino también generados de forma legislativa, sea ésta también constitucional. Otra no cabe. La operación resulta lingüística antes que jurídica, pero no parece que el problema de la lengua esté en el origen de la dificultad del derecho. Si hay un reto de comprensión y traslación de una *rule of law* como *regla de derecho* que no se identifica con *regla de ley* porque presupone ante todo la existencia de una *rule of right*, de un régimen o valor normativo propio de unos derechos subjetivos, este reto no es desde luego lingüístico, sino netamente constitucional. La misma diversidad semántica es efecto y no causa de la diferencia jurídica.

Nuestros tópicos han de situarse y entenderse en su propio sistema semántico, que no es exclusivamente lingüístico, sino también y ante todo jurídico. Si aquí nos interesa una serie de motivos no es tampoco por su entidad intrínseca, sino como tópica alternativa que puede interferir y hasta eclipsar la *rule of law*, este

(60) EDGARD LE DOCTE: *Dictionnaire de termes juridiques en quatre langues. Diccionario jurídico en cuatro idiomas. Legal dictionary in four languages. Rechtswörterbuch in vier Sprachen*, Madrid, 1987.

otro tópico, en la forma incluso de presumir correspondencia y aun traducción. Nos importa así la posición. El motivo de la *Rechtssatz*, el del *Rechtsstaat* y también el continental, que no inglés, del *selfgovernment* podían poner en cuestión las versiones más severas del *droit administratif*, pero no salían por ello de su ámbito. No venían al de la *rule of law* ni siquiera nombrándola. La mención es en vano. No pertenecen a un mundo distinto al de la codificación con su relativo *imperio de la ley*. Esta misma es idea que puede darse y afirmarse perfectamente en dichos medios de *regla de derecho*, de *estado de derecho* y de *autoadministración*. El motivo británico de la *rule of law* ya sabemos que tiene otro alcance. No está de más repetirlo: pone ante la cuestión constitucional de la *regla del derecho* y de un derecho que, por implicar derechos, no es disponible para el poder político ni constituible tampoco por el mismo. Ante esto, la ocurrencia de traducir dicho tópico por *imperio de la ley*, por *estado de derecho* o incluso *regla de derecho* no da cuenta, pero puede rendirla. Puede suponer a estas alturas algún compromiso con el derecho mismo.

Unas traducciones podían producir por sí mismas un sesgo, pero también un compromiso. Ante la *rule of law*, ninguna de ellas, ni *imperio de la ley* ni *estado de derecho* ni *regla de derecho*, servía para legitimar plenamente un sistema de codificación y de *droit administratif*, de ambas cosas, como es finalmente en general, con todas sus modalidades, el continental. En dicho contexto y bajo dichos supuestos de poder o de *separación de poderes*, dichas expresiones comprometen. Ya lo hace por sí misma la correspondencia que, como nos indicaba un *Vocabulario jurídico* datado en 1930, parece imponerse en primer lugar, la de *imperio de la ley*, *régne de la loi* o también *Herrschaft des Gesetzes*. Identificada la ley con el derecho, puede entenderse como *imperio del derecho* que no sustrae poder legislativo, sino al contrario, pero que compromete la posición del poder gubernativo y administrativo. Marca el imperativo de dirigirlo por ley y sujetarlo por tanto a la correspondiente justicia subordinada a la legislación, pero independiente de gobierno y administración. La expresión de *estado de derecho*, sobre el supuesto mantenido de su identificación con la ley, podrá abundar en esta misma línea. La de *regla de derecho* ya he dicho que tenderá sintomáticamente a perderse. Con la *rule of law*, por su parte, no es que no haya traducción, es que no hay ni siquiera comunicación. Estamos en otro sistema.

Entre sistemas más o menos constitucionales, en mayor o menor medida según se quiera, pero de fondo indudablemente diverso y estructura patentemente dispar, los de *rule of law* de una parte y los de *imperio de la ley* y otros tópicos de otra, ya se ve que no se trata de un supuesto puro y simple de traducción. Ni traduciéndose literalmente la comunicación se produce. La *rule of law* postula en su medio la sujeción de poder a derecho de una forma que no puede rendir la mera expresión de *regla de derecho*. Desde la introducción de Dicey hasta las definiciones de unos diccionarios, el acento se pone en ese punto, en el derecho del

ámbito público, de lo que efectivamente adolecía el régimen de codificación y *droit administratif* en la medida en que la una podía escapar a derecho y el otro entonces a ley y justicia. De producirse la comunicación, el contraste podría darse quedando más en evidencia la parte ajena a *rule of law*, la que ensaya o interpone traducciones. He ahí el punto constitucional. Las dificultades no eran ni son exclusiva ni principalmente lingüísticas. La historia por hacer es también jurídica.

Si lo ponemos en términos finalmente más constitucionales que los de Dicey, en unos que nos resulten más actuales, no se trataba de que en el régimen ajeno al de *rule of law* faltase ordenamiento, sino de que el mismo carecía de la legitimidad democrática de dirección efectiva por ley parlamentaria y de la legitimidad jurídica de control eficaz por justicia independiente, y digo aquí jurídica como calificativo, no de derecho, sino de derechos, de los derechos constitucionales que así, judicialmente, cabe garantizar de cara a un poder, al gubernativo y administrativo, si no también al legislativo. No digo que el constitucionalismo de *common law* satisficiera con suficiencia estos requisitos, sobre todo el primero, el de democracia, sino que en el de codificación y derecho administrativo cabían peor, sobre todo el segundo, el de justicia. Con la legitimidad histórica añadida del *common law*, unos *rights* o derechos, y no una ley democrática, era lo que importaba a Dicey y lo que significaba entonces la *rule of law*: un régimen de derecho que lo era de derechos, *rule of rights*. Era la clave.

Y esto, la clave, era lo que peor, si algo, cabía en dicho otro régimen, en aquel que había no solamente eximido de derecho al poder, sino también concebido el mismo derecho como ley hasta el punto de no dejar espacio propio a la justicia, hasta este verdadero extremo. ¿Qué *rule of law* de sentido no legislativo, de un sentido antes judicial, cabe entonces ni siquiera traduciéndose? Una traducción exacta era constitucionalmente imposible. Es parte crucial de la *carga quizá invisible, pero condicionante*, anunciada por Tomás y Valiente, que estamos intentando medir por el interés que él mismo nos marcará, no sólo teórico, sino también práctico, o también prudencial como corresponde al derecho.

6. La versión de *rule of law* como *imperio de la ley*, la más generalizada todavía, no ofrece desde luego el entendimiento, sino que consagra más bien la incomunicación. Tampoco es que la de *estado de derecho*, que hoy tiende a imponerse, no produzca interferencias estorbando igualmente la interlocución. Mas una comunicación no queda del todo nunca interrumpida ni vuelve ya a cortarse. No hay una ignorancia ni un desentendimiento completos. Hemos visto que incluso en la traducción al fin y al cabo más sesgada, la también más inconsciente de *imperio de la ley*, puede encerrarse un compromiso, dadas unas condiciones en las cuales, frente a lo que suele aún presumirse, la ley realmente no impera. En la medida en que existe un trans fondo común que mira a los derechos, alguna comunicación, y además constitucional, siempre cabe. Alguna correspondencia tenemos.

Unas versiones son sesgadas, pero no ciegas. Traducir un *law* de sentido más judicial que legislativo, el de *common law*, por *la ley* puede neutralizar de entrada dicho elemento de justicia en un medio, el de la codificación, que ya tendía a anularla como función independiente o que había incluso logrado esta neutralización, reduciéndola a aplicación propia, a transmisión de ley. La traducción de *imperio de la ley* puede así constituir una reacción defensiva frente al predicamento creciente de la *rule of law* aparentando su reconocimiento como *regla de la ley*, no *del derecho*, o del derecho también, pero bajo el entendido de su identificación con la ley. Mas esto es lo que, dado el contexto, implica también compromiso. La predicación de la ley como principio no viene exclusiva ni exactamente a asegurar y reforzar un sistema establecido.

En un medio de *droit administratif*, que puede y suele ser el mismo que el de la codificación, predicar el imperio de la ley, adoptar este principio por traducción en su caso de la *rule of law*, significa poner en cuestión dicho régimen de poder más autónomo: postular su sujeción a derecho, a un derecho que sigue sin quererse concebir en otros términos que los de *la ley*, sin espacio propio para la justicia, pero con presencia obligada suya para la efectividad de la ley misma. Sujetar el poder a la dirección legislativa puede suponer por sí una novedad y puede abrir además la habilitación de la justicia, aunque sólo entonces sea en los términos transitivos propios de la codificación, en unos términos de imposición, de *imperio*, de la ley misma, *de la ley* siempre. A lo cual también apuntaban las tendencias del *Rechtsstaat*, del *estado de derecho*, que tenderán a acentuarse, las de signo menos administrativista ya también indicadas (61).

Van así significándose unas traducciones de la *rule of law* que desahucian la literal de *regla del derecho*, ya inhabilitada, y que son las que irán apareciendo por unos diccionarios, la de *imperio de la ley* y la de *estado de derecho* principalmente, este par de expresiones que como tales son anteriores a la misma *rule of law*, pero que cobran sentido ante su reto. Presentan implicaciones que de sobra ya sabemos. Son de *imperio*, con su presunción de poder; de *ley*, con su reducción de derecho; de *estado*, con su preconstitución, y de *derecho* mismo, con su objetividad. No está de más subrayar que, en sí, la *rule of law* no presenta ninguna de estas implicaciones, ni la de anteposición de poderes ni la de velamiento de derechos. Tampoco creo abusar si repito que, aun con todo ello, *imperio de la ley* y *estado de derecho*, tanto el uno como el otro y ambos concurrentemente, podían representar imperativos de signo constitucional en su medio histórico.

(61) F. NEUMANN: *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 314-339; BERNARDO SORDI: *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milán, 1987, pp. 157-185; M. FIORAVANTI: *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, 1993, pp. 135-146, 171-178 y 198-213.

La de *principio de legalidad* puede suponer otro tanto con sus matices propios. No corresponde exactamente a *imperio de la ley*. Esta expresión de imperio tiende más a una significación general, a imponerse finalmente de tal modo, mientras que la de principio se presta mejor a dejarse circunscribir, a mantenerse recluida. Cuando se pone en evidencia y se afronta como problema la cobertura limitada de la codificación y, en consecuencia con la misma, se plantea como imperativo constitucional el *imperio de la ley*, se preferirá definitivamente la expresión de *principio de legalidad* para significarse el valor sectorial de la legislación en ramas del ordenamiento público, como principalmente la penal que vimos, o respecto al caso del derecho administrativo que había precisamente escapado. Son acepciones que perviven en los mismos diccionarios (62).

La expresión de *imperio*, implicando poder, resulta también menos neutra que la de *principio*, con lo que podrán cambiar las tornas. En el propio terreno constitucional, podrá acabar por preferirse la misma expresión de *principio de legalidad* para significarse el valor general sin alarde de imperio. En diccionarios actuales puede encontrarse igualmente esta acepción: «*Principio de legalidad*, principio definidor y característico del Estado de derecho, que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Ley». Siguen las referencias constitucionales del caso, de la Constitución española, y queda la incógnita de cómo el *Estado de derecho* puede finalmente todavía definirse por la sujeción *de los ciudadanos a la Ley*, por este imperio que ni así cesa (63). Pero en éstas es donde estamos. Ya sabemos que en tal Constitución conviven ambas expresiones, la de *principio de legalidad* y la de *imperio de la ley*. Volveremos a ella. Para lo que ahora estamos, lo que conviene advertir es algo bien diverso a lo que suele presumirse. No sé ofrecer registros más exactos de nacimiento, pero con todo esto, en cuanto que se trasciende de la aplicación sectorial propia de la codificación, ya nos encontramos indudablemente con usos característicos del siglo xx e incluso de su segunda mitad, con unos empleos que están así más o menos directamente respondiendo al reto constitucional de la *rule of law*. Parte de la respuesta es la retroproyección del tópico en el tiempo, esta huida de la contingencia.

Las expresiones de ley y de legalidad siguen sin ofrecer realmente traducción. Ni una ni otra, ni la de imperio ni la de principio, propiamente traducen, pero ambas pueden fungir de traducciones incluso equivalentes entre sí. Si resultan finalmente corresponsales de *rule of law*, la comunicación no acaba de entablarse sin interferencias ni proxenetismos. *Imperio de la ley* y *principio de legalidad* son

(62) CARLOS E. MASCAREÑAS (fundador) y BUENAVENTURA PELLISÉ (director): *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Seix), vol. XIV, Barcelona 1977, voces de *Legalidad (principio de) (Derecho Administrativo)* y *Legalidad (principio de) (Derecho Penal)*, más una remisión por medio de *Legalidad (principio de) (Derecho inmobiliario)* a esta voz de *derecho*, y basta, sin más voces particulares de *Legalidad* ni ninguna general.

(63) EDUARDO BARRACHINA: *Diccionario de Derecho Público*, Barcelona, 1992.

jugadores a distancia que esconden las cartas o que tienen la dirección equivocada y ni siquiera las reciben. Si no es que operan igual, *imperio de la ley* hace más bien lo primero, esconder cartas, y *principio de legalidad* lo segundo, no recibir las. Si ambos hacen juego limpio, es la ley siempre quien sustrae la baraja y roba la correspondencia. *Estado de derecho* puede tener bien la dirección, pero tampoco exactamente las señas. No las tiene que reciban sin problemas el mensaje de la *rule of law*. Donde unas expresiones sitúan *la ley*, interfiriendo *el derecho*, la otra coloca el *estado*, produciendo igual interferencia, si no mayor. Si por una no cabe el contraste constitucional del poder legislativo, la otra no lo admite respecto a más poderes estatales. Sabemos que *estado de derecho* comienza precisamente por preconstituir *el estado* y como pieza suya a la justicia, por este efecto en sí ya ajeno a la *rule of law*.

Más también ya podemos ir sabiendo que unos tópicos no se agotan en su origen. Tienen nacimiento, pero también vida. Ni el *imperio de la ley* ni el *estado de derecho* ni el *principio de legalidad* podían hacerse con la existencia de la *rule of law*, pero cabía que se colocaran en su lugar, adaptándose, ya que no identificándose ni mimetizándose o ni siquiera comprendiéndose. Unas traducciones ya sabemos que pueden encerrar no sólo reacciones defensivas frente a la capacitación constitucional de la justicia con su habilitación directa de derechos, sino también operaciones de saneamiento interno del régimen, ya que no todavía de codificación, del de *derecho administrativo*, sujetándolo finalmente a ley directiva y justicia subordinada. La vertiente que podemos decir positiva de una difícil comunicación, ésta de superación del *droit administratif* estricto, es la que suele tenerse sustancialmente a la vista, aun sin considerarse por lo común de dicho modo, cuando se habla del *imperio de la ley* o del *estado de derecho* como principios que pueden corresponder a la *rule of law*.

La otra vertiente, la que puede decirse negativa, la de preconstitución de poderes, neutralización de justicia y subordinación de derechos, es la que conviene que hoy particularmente traigamos ante la vista y miremos, puesto que es la que interesa, no sólo a una legitimación jurídica de los unos, de los poderes, sino así también y sobre todo a un reconocimiento y garantía de los otros, de los derechos constitucionales subjetivos. Interesa a una *rule of law* que, tradúzcase como se quiera, pueda ser primordialmente *rule of rights*, viértase como se prefiera: un régimen de *derechos* y por ello *de derecho*, esto que no garantiza por sí misma la ley, esto para lo que no basta o para lo que incluso es contraproducente el *imperio de la ley*, el poder de la norma de determinación política, aun por muy democrático que el mismo finalmente sea.

Queda en este rápido repaso el cruce del *selfgovernment*. Es un tópico de potencialidad mayor, aunque en principio, como vimos, apagada por cortocircuito. En verdad la desplegó, pero tempranamente y, por lo que mejor conozco para unos medios más cercanos, agotándose pronto. Cuando entrado y aún mediado el

siglo XX está dirimiéndose una comunicación entre fórmulas, ésta del *selfgovernment*, del *autogobierno* literalmente, parece eclipsada. Pero esto no le quita interés. El constitucionalista, a mi entender, más sensible de la España de entre siglos, Gumersindo de Azcárate, ofrece buen testimonio. En fechas anteriores a un invento, el de la *rule of law*, y posteriores a otro, el del *selfgovernment*, en esta especie de interregno, Azcárate se ocupa del constitucionalismo británico adoptando esta caracterización del *autogobierno* y tomándosela además en serio, no así como *Selbstverwaltung*, no como mera *autoadministración*.

El «espíritu de la Constitución inglesa» puede identificarse entonces con «el principio del *selfgovernment*, del gobierno del país por el país», como no deja de especificarse. La información se tiene, no directamente de Inglaterra ni tampoco de Estados Unidos, sino a través de Alemania y de Francia. Se sabe que ahí, en una doctrina alemana más particularmente, se tiende a restringir el motivo al campo de la administración local y si acaso territorial, al capítulo de la *Selbstverwaltung*, pero aquí, en esta reflexión española, se expone un potencial mucho mayor. Se entiende que el *selfgovernment* puede informar todo un sistema, todos sus capítulos fundamentales. En el neurálgico de la justicia, por ejemplo, puede así afirmarse que «la institución del jurado no es otra cosa que una consecuencia y aplicación del principio del *selfgovernment* al ejercicio de la función judicial». Por esta vía, puede incluso adelantarse la idea, pues no el término aún nonato, de la *rule of law*, de primacía de un derecho indisponible para los poderes políticos. Es posición constitucional que se enfrenta al *droit administratif*, a su apoderamiento de gobierno y administración (64). Lo es también que puede incluso enfrentarse a la codificación, a esta forma legislativa de poder aunque fuera parlamentario o incluso democrático (65).

Insisto en que esto es anterior al invento de la *rule of law*. Y recuerdo también lo dicho de que Dicey rechaza el principio de *selfgovernment* como característico del sistema inglés o, según él entendía, del constitucionalismo sin más. Es motivo incompatible con el de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento. No sé hasta qué extremos alcanza la autoridad de la introducción de Dicey y llega así la fuerza de su boicot al *selfgovernment*, pero el caso es también que en los mismos medios británicos resulta evidente que el éxito ha correspondido a la *rule of law* y no al *selfgovernment*. El potencial de éste se neutraliza. Su presencia anda perdida cuando se produce en el siglo XX el encuentro y desencuentro entre tópicos constitucionales.

Alguna confluencia ha habido que es al mismo tiempo divergencia. *Rule of law* se ha entendido como *imperio de la ley* o como *estado de derecho* que requie-

(64) GUMERSINDO DE AZCÁRATE: *El «Self-Government» y la Monarquía doctrinaria*, Madrid, 1877, pp. 195-228 y 233-236; *La Constitución inglesa y la política del Continente*, Madrid, 1878, p. IX.

(65) B. CLAVERO, *Ley del Código*, pp. 111-112 y 123-125.

ren una entronización, más que del derecho, de la ley por encima de unos poderes, salvo así el legislativo. La misma justicia puede capacitarse frente a ellos, pero bajo dichas coordenadas de subordinación a la ley, a tal poder legislativo. Es el tiempo en el que la *rule of law* finalmente más característica, la del constitucionalismo estadounidense, avanza en la dirección contraria de la *judicial review* o revisión judicial que entroniza a la justicia. Contando de siempre con ella, la *rule of law* abre la posibilidad de control judicial no sólo de juridicidad del gobierno y la administración, sino también de constitucionalidad de la ley, con lo que aquello, y sobre todo esto, interesan desde luego a la competencia así propia de la justicia y a la garantía consiguiente de los derechos. Tocando a ellos, haciéndose ahora más excluyentemente con ellos, esta dimensión específica de la *rule of law* no deja de plantear un reto final a todo sistema constitucional, con el escoramiento que entraña. Lo supone todavía más primario para el régimen de codificación y derecho administrativo evolucionados que nos puede aquí, en tales medios, particularmente importar. También se afronta en cierto modo, finalmente, mirándose más ese término de *judicial review* confiado a tribunales, más esta *revisión judicial*, que aquel principio y compromiso de *selfgovernment* entendido en el mismo jurado, que este autogobierno de tal consecuencia constitucional.

El *imperio de la ley* hace en principio imposible, literalmente imposible, una justicia de cara al poder legislativo, una defensa judicial de los derechos frente al mismo, ni de tribunal ni de jurado. Esto es competencia exclusiva de la legislación. Una *reserva de ley*, cuando viene a formalizarse, se define por tal *regla de derecho*, la *de derechos*. No cabe otra. No hay evolución que valga. En el mejor de los casos de reconocimiento constitucional, los derechos quedan confiados a un poder, si ya no al gubernativo y administrativo, ahora, sin la concurrencia, al legislativo. Bajo la misma ley es como asume competencia la justicia frente a un poder, el ahora más ejecutivo, y no así frente al otro, al *imperio de la ley*. Son cosas conocidas, pero lo que importa subrayar a estas alturas es que se trata de corolarios enteramente consecuentes de este principio, exactamente de él, de sus términos literales de *imperio*, poder, y de *ley*, norma de determinación política sin causa entonces constitucional que la vincule. Es el entendimiento también usual del *estado de derecho* que se ha definido en este medio. Por mucho que se quiera resaltar la contribución o mejorar la imagen de una justicia respecto al derecho (66), no puede quitarse esta sujeción a ley de alcance constitutivo y esa incapacidad consiguiente de cara a los derechos.

(66) J. L. HALPÉRIN: *Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa*, en CARLOS PETIT (curador), *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Madrid, 1990, pp. 133-156; autores varios: *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, en *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991; MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSEY: «Judicial (Self-) Portraits. Judicial Discourse in the French Legal System», en *The Yale Law Journal*, 104, 1995, pp. 1325-1410.

Mas también es cierto que en casos nada raros un principio de *imperio de la ley* se ha impuesto más ideológica que normativamente. Ha habido resistencia. Hay medios continentales europeos, entre los que se incluye España, donde la codificación, su mismo imperio parcial de ley, se había llevado a la práctica sólo relativamente, y otros en los que tampoco el *droit administratif* se había impuesto enteramente. Ya en el siglo XX, en estos medios, cuando las Constituciones dejan de ser aquella especie de programas sin causa de derecho ni competencia de justicia y van adquiriendo entidad como normas que, por reconocer más comprometidamente derechos, y además no sólo individuales, sino también comunitarios y colectivos, pueden abrirle entrada a una sujeción jurídica del propio ordenamiento y así incluso a una habilitación directa de la justicia misma, entonces, precisamente entonces, se plantea la necesidad de una jurisdicción especializadamente constitucional, de este remedio y control. Cuando el valor normativo de los propios derechos constitucionales ya está reclamando la garantía o tutela judicial, parece forma de sustraer todavía justicia. En todo caso, aun con tal determinada limitación de una institución especial, se introduce finalmente la posibilidad de control jurisdiccional, si no judicial, de la legislación en unos medios tradicionales de *derecho administrativo* y de *imperio de la ley* (67).

Para las exposiciones constitucionales de unos primeros ensayos durante la primera mitad del siglo XX, no parece haber cuestión de la *rule of law* ni tampoco del *imperio de la ley* como principios. Priman otros tópicos de sabor más coyuntural y de tenor menos categórico como el de *racionalización del Poder* o el de *unidad del Derecho Público* (68). Ya vengo diciendo que es mediado el siglo cuando realmente se reavivan unos principios por fin definitorios de un sistema, el constitucional, con una doble versión de correspondencia que se tiene por hecha y que está por hacerse, el principio de *rule of law* y el de *imperio de la ley* o de *estado de derecho*. Sobre todo se diferencian por la posición bien distinta que en una y otra versión se reserva a la justicia o ella ocupa. Respecto a la misma, durante la segunda mitad del siglo, cuando unas jurisdicciones especiales vienen a consolidarse en un espacio constitucional, no es raro que se predique *rule of law* y se ofrezca *imperio de la ley*.

Para la justicia misma, tampoco es insólito que se siga directamente predicando, como en el caso español, el principio de *imperio de la ley*, de una ley en la que ahora puede así entrar la Constitución como también la inteligencia o interpretación de la misma por parte de dicha jurisdicción especial, una ley cuyo sentido ahora finalmente también apunta al más general de *derecho*. ¿Llegamos de este modo al mismo régimen de *rule of law*, de *regla de derecho*, aunque sigamos un

(67) PEDRO CRUZ: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, 1987.

(68) BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (1931), traducción de Sabino Álvarez Gendín, Madrid, 1934.

tanto equívocamente diciendo *imperio de la ley*, algo así como *power of the statute*? ¿Estamos ya definitivamente ante una simple traducción sin mayores ni especiales problemas constitucionales, sin relevancia jurídica final de toda esta historia lingüística? ¿Hablamos realmente de lo mismo en las diversas lenguas de expresión constitucional? ¿Adoptamos unos principios iguales bajo formulaciones diversas? ¿Han encajado finalmente las piezas de varia procedencia en un solo sistema constitucional sin género de dudas ya respecto a su fondo común, a unas virtudes compartidas y virtualidades confluyentes? ¿Hemos identificado y localizado toda la *carga quizá invisible*, pero *condicionante* estando así finalmente en condiciones no sólo de aquilatar el lastre, sino también de liberarnos de la tara? Volvemos a nuestras cuestiones actuales.

7. La misma Constitución, la española, no deja de intentar un encaje de ese mecano de piezas. Tomás y Valiente también lo explica haciendo suyos, para hacerlos nuestros, no sólo planteamientos, sino también expresiones constitucionales. Entre una justicia sometida expresamente al *imperio de la ley*, como sabemos, y la norma constitucional, esta misma interpone un Tribunal Constitucional, «intérprete supremo de la Constitución», garantizando así su «primacía», según especifican los artículos primero y 27.1 de su respectiva ley orgánica, y sujetando de tal modo la acción de la justicia a la doctrina propia: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», como a su vez puntualiza el artículo 5.1 de la ley orgánica judicial (69).

Son datos básicos de un sistema en el que no parece que acabe de clarificarse exactamente nuestro punto: el alcance del predicamento del *imperio de la ley* respecto a la justicia. Un debate constituyente tampoco esclarece. Dicho punto concreto de la ubicación constitucional de la función judicial ni siquiera fue objeto de discusión por el pleno del Congreso que acordó el texto de la Constitución (70). No parece que se apreciara posibilidad de contradicción entre la identificación general del derecho con el orden constitucional de derechos y su reducción literal a ley en el momento preciso de situar a la justicia, a la función que interesa a los derechos mismos. Es como si una historia no enseñara mucho o como si la ignorancia de su persistencia, frente al aviso que venimos recibiendo e intentando atender, bastase para que el derecho se libre limpiamente de su pasado.

(69) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, pp. 63-100.

(70) *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, vol. I, pp. 922-932 y 1372-1376, y vol. II, pp. 1975-1981 y 2297.

Se presentan naturalmente problemas cuando la propia justicia se entiende a sí misma en una posición no vinculada estrictamente a la legislación por sobreordenarse ahora un orden constitucional, unos valores superiores. En España, son casos ante los que el Tribunal Constitucional ha hecho valer resueltamente su condición de *intérprete supremo*, denegándole explícitamente a los jueces capacidad propia de someter la ley a Constitución. Esta misma, su artículo 163, tiene hecha la previsión: «Cuando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional», y no podrá resolverla así por sí mismo. ¿Cómo se explica esto si la justicia consiste en la actuación del derecho y éste, todo él, viene presidido por la Constitución y sus valores? Por el *imperio de la ley* precisamente, responde el Tribunal Constitucional alegando Constitución. Se explica por este *imperio* que viene establecido expresamente en la misma norma constitucional al efecto de ubicación de la justicia. Y puede ser así, sigue explicando este Tribunal, porque tal principio de *imperio de la ley* se entiende que encierra hoy un sentido democrático: porque la justicia debe estar sujeta a la determinación de la *representación popular*, a esta especie nueva de *soberanía parlamentaria* (71).

Bien está, pero ¿por qué este *imperio de ley* finalmente democrático no rige también, si somete a legislación, para el Tribunal Constitucional y, si sujeta a Constitución, para toda la justicia? Pues si esa autoridad democrática de una *representación popular* puede asignarse a la ley, ¿cómo no vale igualmente y en su grado entonces superior para la Constitución? ¿No es una misma su legitimidad? Si el *imperio de la ley* constituye un poder y tal poder democrático, ¿por qué su validez se limita a ella, a la ley, estrictamente a la ley, de cara a la justicia, precisamente a la justicia? ¿Y puede realmente el *imperio de la ley* consistir en una especie de poder, aun democrático, cuando la propia legislación, como todo el ordenamiento jurídico, se debe a Constitución y así a derechos, según ella misma no ha dejado de reconocer y decimos? ¿Por qué se sigue proclamando como principio, y principio de justicia, el *imperio de la ley*? ¿Su sentido más literal, aquel que es el contrario al de la *rule of law*, no puede que siga pesando, Constitución incluso mediante, en la actualidad? Ahora ha podido ampliarse notablemente y a mejor el significado de *la ley*, pero no ha cambiado en cambio tanto la significación del *imperio*. ¿No puede acabar apareciendo una especie de *imperio de Cons-*

(71) B. CLAVERO: *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, pp. 89-94; otras referencias en los apartados sobre *principio de legalidad* de FRANCISCO RUBIO LLORENTE y colaboradores: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, 1995; G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, pp. 150 y 156, llega a insinuar la responsabilidad del Tribunal Constitucional español en el cortocircuito de una competencia de la justicia respecto a derechos sobre leyes que la Constitución española, a su entender, podría permitir, pero, aunque esto se conceda, la interposición referida del legislador orgánico, de una legislación de mayoría cualificada comenzando por la constitutiva del propio Tribunal, ha sido decisiva.

titución que se resuelve en *imperio de jurisdicción*, una forma de *imperio de ley* que así entonces sigue siendo lo primero, imperio, pero de algo más que de lo segundo, de algo más que ley, pues lo es también de Constitución y de su interpretación institucionalizada sobre todo?

La situación final es similar, pero sólo similar, a la estadounidense. Allí se parte de una capacitación propia de la justicia con presencia, además, decisiva del jurado, de una determinación del mismo espacio judicial y de una restricción de la ley que, si no impiden nunca por completo, al menos dificultan dichos efectos de *imperio*. Pero un problema de fondo es común, el de aquel nudo señalado por el Tribunal Constitucional español entre principio normativo democrático, este *imperio de ley*, y reconocimiento y garantía de derechos, esta *rule of law*. Siguen sin ser principios confluyentes ni aun con la legitimación común de la *democracia*, la cual incluso puede acentuar la divergencia entre leyes de mayorías y derechos de minorías o entre normas generales y libertades individuales. La ecuación no la resuelven ni un *imperio de la ley* privilegiando lo uno ni una *rule of law* primando lo otro. La Constitución española no tenía una resolución inequívoca a la que acogerse, bien que la adopción explícita del *imperio de la ley* como principio de la justicia acusa y marca un sesgo, si no es que se le reduce definitivamente a una redundancia por entenderse *imperio de la ley* como *imperio del derecho* en el sentido objetivo que entonces, con el pie forzado de ley, únicamente cabe (72). Es una *rule of law* que, por muy en serio que se tome, no acaba nunca de equivaler, deficiente la justicia, a *rule of rights*.

Mas el problema es común y no se conoce todavía fórmula que lo resuelva, o a mí se me escapa por mucho que la persigo. Es seguro que no la tenemos en casa, por España o por Europa, y no parece que se tenga fuera, ni en otros hogares ni en alguna casa común. Mírese el ámbito hoy probablemente más significativo a estos efectos jurídicos, el supraestatal que se dice internacional, en el cual se plantea un principio de derecho sin identificación propia que resulta desfigurado de aplicársele los marchamos de *rule of law* o de *imperio de la ley*. Sus formas actuales responden incipientemente a un sentido por necesidad nuevo no sólo de *la ley* y de *la justicia*, sino también del *law*, del derecho, en consideración de los *rights*, de los derechos. Y no hay tópico hecho que lo exprese y participe ni operativo formado que lo consagre y asegure (73).

Un manual interlingüe puede resultar elocuente. En él aparece la *rule of law* como valor entendido y asumido en el mismo ámbito internacional. Un orden de instituciones se constituye «in order tu further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms which are affir-

(72) IGNACIO DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (1987), Barcelona, 1995, pp. 128-160; F. RUBIO LLORENTE: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1993, pp. 319-367.

(73) B. CLAVERO: *Diritto della società internazionale*, Milán, 1995.

med for the peoples of the world without distinction of race, sex, language or religion by the Charter of the United Nations»; «a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y las libertades fundamentales que, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo». Es un valor el de la *rule of law* que así no se define en el momento de enunciarse, pero que viene luego a concretarse en un contexto diverso: «The State has the monopoly of force which, when the rule of law is sufficiently developed, is centralised, i.e. implemented by special organs executing the sanctions ordered by legal tribunals»; «el Estado tiene el monopolio de la fuerza que, si el imperio del derecho está sólidamente asentado, está centralizado, es decir, es ejercido por órganos especiales que ejecutan las sanciones decididas por tribunales legales» (74).

¿Hace falta comentario? A la hora de la verdad de una materialización de nuestros valores, puede verse cómo la *rule of law* y su gemelo parcial, el *imperio del derecho*, siguen resolviéndose en esto segundo, en *imperio de la ley* y también *de la justicia* como poderes del Estado, como expresiones de la fuerza que parece definirlo. Se habrá también observado que *rule of law* tiene traducción en este momento concreto, la de *imperio del derecho*, pero que en cambio no la ha obtenido cuando comparece previamente como valor. Entonces, como ha podido verse, la *rule of law* se disipa apareciendo la correspondencia más desnuda de *la ley* sin más, sin regla, régimen, precepto o ni siquiera imperio que la informe, la dirija, la ordene o la presida. También tenemos en el otro contexto, en el concreto, que *legal tribunal* significa tribunal conforme a derecho, y *tribunal legal*, conforme a ley. El *legal* primero ya podemos saber a estas alturas que no se corresponde con el *legal* segundo, pues remite a *law* y no a *ley*, a lo jurídico genérico y no a lo legislativo específico.

Parece un viaje para el que no hacían falta las alforjas con las que nos hemos aquí pertrechado. Pero la situación de presente y la previsión de futuro quedan así mal reflejadas. El propio manual plurilingüe, explicando un orden y unas instituciones internacionales, ofrece testimonio de un proceso de superación de dichos parámetros de poderes definitorios del Estado e, identificándosele, del derecho. Mas aquí no nos vienen importando por sí unas situaciones reales, sino unos tópicos. Lo que creo que debe entonces interesarnos es la evidencia de que los mismos, los principales que hemos visto, pueden estar todavía vivos y jugando además a la contra de la propia evolución efectiva del derecho, de un progreso positivo. Constituyen imágenes cada vez más imaginarias, sea dicho sin redun-

(74) ISAAC PAENSON (MANUEL MEDINA y otros): *English-French-Spanish-Russian. Manual of the Terminology of Public International Law (Law of Peace) and International Organizations. Manual inglés-francés-español-ruso de la terminología de Derecho Internacional Público (Derecho de la Paz) y de las Organizaciones Internacionales*. Bruselas, 1983. pp. 394-397 y 462-465. Hago gracia de los otros dos títulos, el francés y el ruso, como ahorro las citas.

dancia, pero no por ello irreales. Como valores entendidos, pueden seguir manteniendo una capacidad performativa y precisamente así a la contra. En el mismo orden internacional, no es indiferente desde luego dicha imagen del Estado y la del derecho que se le identifica. En el orden interno, en casa propia, no hace falta que digamos. Ahí tenemos la presencia y el juego, la resistencia y la fuerza de unos tópicos. Están estorbando e incluso impidiendo que cobremos conciencia y nos hagamos cargo de unas realidades bastante menos lastradas y, entonces, solamente entonces, virtuales. También es real un mundo plausible que no cobra existencia porque no sabemos imaginarlo.

La historia constitucional ha formado, tanto como lastrado, categorías y mecanismos constitucionales. ¿Comenzamos a abandonarlos para poder superarlos? Resulta tentador. Es desde luego más llevadera una carga gravosa si se arroja por la borda que si ha de transportarse con responsabilidad y conducirse a buen puerto. Sería fácil predicar que fuéramos a la consideración desnuda de las dificultades efectivas, de los problemas reales sin disfrazar ni maquillar; que no nos distraiésemos con la *dogmática* de unos tópicos, del *imperio de la ley* a la *rule of law*, de la *representación popular* o de la *soberanía parlamentaria* a la *judicial review* o el *intérprete supremo*, de la *separación de poderes*, de su *racionalización*, de la *reserva de ley* o del *principio de legalidad* a la *unidad del derecho público*, al *estado de derecho*, a la *democracia* misma; o que no nos dejáramos extraviar por el *droit administratif* ni por el *selfgovernment* que se sitúa en el mismo terreno administrativo. Bien está entonces que se proponga la reducción, si no incluso el abandono, de toda una tópica, pero ¿cabe hacerse alegremente sin conocerla a fondo ni confrontarla a conciencia? ¿Nos libraríamos sin saber así ni siquiera distinguir? ¿No nos arriesgaríamos a arrojar la criatura inocente de los derechos con el agua sucia de unos tópicos? Unos tópicos constitucionales puede que sean los instrumentos que tenemos a mano para legitimar y habilitar mecanismos institucionales en atención y garantía de derechos.

De paso veo y recuerdo otras cosas dichas. Que tópicos no son falsedades y que su función es su verdad. Que así no sólo se definen y cobran sentido, sino que también operan y despliegan efectos. Que los nuestros constituyen categorías performativas de realidad, creadoras de derecho; que conviene por tanto desvelar su alcance a fin de poderse controlar. Que el más nuestro, el del *imperio de la ley*, no se reduce hoy a un residuo histórico; que puede ser mecanismo de poder resistente y que cabe que resista porque pertenece a nuestro tiempo constitucional y no a otro. Que con todo son los tópicos, ellos mismos y de por sí, problema; que tienen esta nada imaginaria existencia. Que no cabe así abandonarlos como imaginaciones vanas; que hay que manejarlos o en su caso neutralizarlos operando con su realidad, actuando sobre sus causas y sus efectos. Que para todo esto tenemos efectivamente que conocerlos en su verdad constitutiva, que es la función ejercitada. La mayor victoria del tópico es la inconsciencia generalizada incluso entre

juristas acerca de su efectivo alcance que hemos venido detectando y, aun en casos, comprobando. Comenzaban ellos, los juristas, por huir de la contingencia de una historia para figurar la consistencia de unos principios encerrándose así en los tópicos.

La tónica es como el lenguaje, pues constituye parte de una misma semiología. Tenemos que entendernos y manejarnos con la una como nos entendemos y manejamos con el otro. No podemos desentendernos y despegarnos de los sentidos convencionales. La semántica jurídica no es tan técnica como para poder crear sus signos propios. En tiempos pudo serlo utilizando incluso durante siglos un lenguaje que, como el latín, ya no era el común. Mas definitivamente no debe serlo en unos tiempos constitucionales que se quieren democráticos. El lenguaje del derecho ha de ser entonces inteligible y manejable por la sociedad y no sólo por la profesión. Ésta no debe acuñar ni poner en curso acepciones que no sean comunes o que riñan con el sentido común. Ha de operar con las significaciones convencionales. Ha de hacerlo igualmente con los tópicos.

Hoy en la lengua inglesa se distingue perfectamente por cualquier usuario o usuaria el sentido subjetivo del término *right* frente al objetivo y también genérico de *law*, lo que en tiempos de Hobbes no sabía hacerse, como él nos decía, ni siquiera por los expertos. No sólo éstos y éstas, los expertos y las expertas, entienden hoy el fondo de contradicción de tales elementos y su forma de conexión mediante la famosa fórmula de la *rule of law*. Para la profesión del derecho no hay problema entonces al respecto. ¿Qué ocurre en castellano con el término bivalente de *derecho* o con el que sigue siendo más bien monovalente y restringido de *ley*? ¿Qué pasa con las equivalencias de otros idiomas? ¿No se producen equívocos incluso en el seno de la profesión y por tanto en la justicia? ¿Cómo podemos decir que *principio de legalidad* significa *principio de juridicidad e imperio de la ley, regla del derecho*, si sigue entendiéndose por el uso común que *legalidad* es legalidad, *imperio* es imperio, *ley* es ley y *derecho*, lo mismo, no más que ley, y si incluso unos textos constitucionales pueden estar abonando para una lectura no técnica dichos mismos sentidos? Hasta *estado de derecho* sigue resintiéndose de los equívocos.

Son servidumbres del lenguaje, pero que tienen causas constitucionales. La lengua puede que sea arbitraria, pero requiere convención social. Tiene esta determinación concreta. Ni puede ser caprichosa ni cabe que se le reduzca tampoco a reflejo natural. Uno de los ingleses cuya obra más hizo para que se impusiera tempranamente el uso de la distinción entre *right* y *law*, entre libertad y orden, ya sabía también de eso. Escribió *of words*, sobre las palabras, como *signs of ideas*, como unos signos que cobran sentido ante todo por su *common acceptance*, por un entendimiento social, y sólo ulteriormente por relación *to the reality of things*, a la realidad de las cosas. Lo esencial del lenguaje radica en que la idea propia de lo que el signo expresa se corresponda *to the ideas in other man's mind*, con las ideas

ajenas acerca del mismo exponente. La lengua se determina antes por actividad social que por pasividad natural, antes por juego activo de entendimiento mutuo que por respuesta pasiva a realidad bruta (75). Realidad, la lengua la tiene propia y es así interactiva. He ahí una servidumbre, pero también una consistencia.

El lenguaje constituye no sólo un techo, sino también un firme. Unas significaciones jurídicas, las de *right* y *law* con su respectiva *rule*, no sólo han marcado unas realidades constitucionales, sino que también han arraigado por su causa. Por efecto de unas novedades, puede que otras, las de otras lenguas, estén ahora desplazándose. Están moviéndose quizás más por el lenguaje social que por la tónica técnica. Hoy en el uso popular se detecta la tendencia a una distinción entre *derecho* como libertad, con este ajuste semántico, y *ley* como orden, con esta dilatación. Es un discernimiento social que al cabo del tiempo viene a equivaler a la distinción primigeniamente constitucional entre *right* y *law* con todas sus virtualidades. Es una presunta cultura jurídica, una pretendida ciencia del derecho, la que parece que se sitúa todavía a la contra.

Las primeras lecciones que suelen impartirse en nuestras facultades de derecho se dirigen sin recato a la restauración de unos conceptos constitucionalmente periclitados y jurídicamente resistentes, los que producen confusiones y provocan interferencias entre *rule of law* y sus traducciones, sean de *ley*, sean de *derecho*, los que así estorban, si no impiden, la comunicación. Hoy puede que la versión más sencilla de *regla de derecho* pudiera rendir un sentido definitivamente constitucional de *regla de libertad*. Mas ni siquiera se adopta en novelas o en películas que, a la contra, siguen creyendo traducir bien *rule of law* por *imperio del derecho*. Un uso social de signo constitucional se topa con la enemiga de toda la ciencia de diccionarios y enciclopedias y no sólo con la animadversión de una cultura jurídica, de la heredera del *Recht* y no del *right* que sigue imperando entre nosotros.

Con todo esto hay que contar, de todo ello hay que ser consciente, a fin de que no defraudemos predicando constitucionalismo y democracia y brindando ley e imperio, sembrando una cosa y cosechando la otra. No todos somos Hobbes o ni siquiera Blackstone, ni tampoco todas las coyunturas históricas son la de Inglaterra de unas primicias constitucionales, para que puedan afianzarse nuevos sentidos. Tenemos que contar con la servidumbre de una tónica igual que con la de un lenguaje. Ignorándola, siendo inconscientes, se defrauda. Y el fraude quizás tampoco es nuevo ni está pasado. Una representación convencional de nuestra historia constitucional, la continental europea, la hace trascurrir desde el *derecho administrativo* hasta el *imperio de la ley* y estar en tránsito desde éste hacia la *regla de*

(75) JOHN LOCKE: *An Essay concerning Human Understanding* (1690), en sus *Works*, edición de Thomas Tegg y otros. Londres, 1823, vols. I-III, en el segundo, libro III: *Of words*, cap. 1: *Of words or language in general*, cap. 2: *Of the signification of words*.

derecho, mas puede que, tópicos aparte, vaya la trayectoria pretérita desde el *despotismo gubernativo* hasta el *despotismo legislativo* y el tránsito presente desde éste hacia el *despotismo jurisdiccional*, ya que no *judicial*, formas todas ellas quizás, vuelvo a decir quizás, de un mismo *absolutismo* normativo o *totalitarismo* jurídico, de una posibilidad de disposición absoluta y completa del derecho por parte del Estado, lo cual resultaría fenómeno específicamente contemporáneo, de los dos últimos siglos, y no más antiguo ni postmoderno tampoco. Desde unos comienzos constitucionales, la parte constitucionalista, ésta concretamente, nos ha advertido que el *imperio de la ley* precisamente podía ser eso, *despotismo* (76).

En su última época, en la última que los asesinos le han dejado, Tomás y Valiente, con toda su prudencia y también con toda su responsabilidad, se mostró particularmente sensible ante esta inquietante posibilidad de que el constitucionalismo haya producido y pueda así entrañar absolutismo (77). Hizo suya, para que fuera nuestra, la advertencia: *Los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante.*

(76) PAOLO GROSSI: *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo xix*. Barcelona, 1991; G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, pp. 49-50, cuyo epílogo citado de responsabilidad extraña puede ser buen testimonio de la inconsciencia tópica.

(77) B. CLAVERO: *Tomás y Valiente: una biografía intelectual*. a publicarse, Milán, 1997, sección tercera.