

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**25**

(1996)



**giuffrè editore milano**

BARTOLOMÉ CLAVERO

IMPERIO DE LA LEY Y *RULE OF LAW*:  
LÉXICO JURÍDICO Y TÓPICA CONSTITUCIONAL

En memoria de Francisco Tomás y Valiente, si buen magistrado constitucional y óptimo maestro universitario, mejor amigo.

1. Principio constitucional. — 2. Medios lingüísticos. — 3. *Rule of law*, *droit administratif*, *judicial review*. — 4. Imperio de ley, codificación de derecho, derecho administrativo. — 5. *Selbstverwaltung*, *Rechtsstaat*, *Rechtssatz*. — 6. *Recht y right*; ley y law. — 7. Corresponsales de *rule of law*: imperio de la ley, estado de derecho, principio de legalidad, *selfgovernment*, revisión judicial. — 8. Constitución, tópica y lenguaje.

1. *Principio constitucional*.

Entre las actividades de Francisco Tomás y Valiente próximas al 14 de febrero de 1996, a la fecha de su asesinato, entre aquellas 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 nueve de septiembre de 1995 y no se queda en una exposición oral, sino que se vierte por escrito en un artículo elaborado <sup>(1)</sup>. 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

---

(1) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, ed B. Clavero, ocupándose ulteriormente del legado en *Tomás y Valiente: una biografía intelectual* que se acoge a la hospitalidad de Paolo Grossi, de nuestra *Biblioteca*. Una versión reducida del presente trabajo aparecerá en el volumen inaugural, monográfico sobre *Vinculación del Juez a la Ley*, del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* que se publicará en su memoria.

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* », recalcando: « 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 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 noveno 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.

Las expresiones siempre son antes de la Constitución española 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* exactamente 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. *Medios lingüísticos.*

Pues la duda comienza por ser léxica, miremos previamente diccionarios. Como es de carácter técnico, busquémoslos especializados. En un clásico *Vocabulaire juridique* que data de 1930, una voz de *règne 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 además 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 » (2). Nuestra expresión tendría esta manifestación eminente y dicho alcance preciso. La remisión de unos diccionarios es entonces 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 » (3).

Ahí tenemos una primera correspondencia de exquisito carácter técnico: « Imperio de la ley, *rule of law* ». ¿Tenemos también la viceversa que acaba de decírsenos? Sería siempre previsible que, si se presenta la entrada, también se diga: « *Rule of law*, imperio de la ley », pero no, pues ahora se nos dice: « *Rule of law*, régimen de derecho, principio de legalidad ». Así entonces tenemos, si punteamos: « Imperio de la ley, principio de legalidad », lo que parece el pleonasma dicho pues el referente es el mismo, o también, si saltamos más cerca: « Imperio de la ley, régimen de derecho », lo que solamente añadirá algo si *derecho* no significa lo mismo que *ley*. De hecho, algo más se ha añadido en la primera entrada, algo que en sustancia ya se nos ha dicho como sentido estricto: « Imperio de la ley, *rule of law* (such that not only private persons, but governing bodies are subject to the law) », un principio, un régimen o un imperio « tal que no sólo las personas particulares, sino también los poderes públicos se encuentran sujetos a la *ley* », ¿o quizá al *derecho*? ¿Son o no son lo mismo? Todo parece depender de esto que en inglés es siempre *law* y en castellano unas veces *ley* y otras *derecho* (4). También se nos dice: « *Rule of law*, estado de derecho »,

---

(2) Henri CAPITANT, *Vocabulario jurídico. Redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisperitos franceses*, traducción de Aquiles H. Guaglianone, Buenos Aires 1979. Las citas de los diccionarios remiten a las voces señaladas en el texto.

(3) Miguel Angel del ARCO y Ana BLANCO (coordinadores), *Diccionario básico jurídico*, Granada 1994.

(4) Guillermo CABANELLAS y Eleanor C. HOAGUE, *Diccionario jurídico. Law Dictionary*, Buenos Aires 1990.

o sin pasar por el inglés: «Imperio de la ley, véase *Estado de derecho*» (5).

Vamos teniendo así una traducción que no funciona siempre en doble dirección, pues la de «imperio de la ley, *rule of law*» parece contramano mientras que se nos conduce tranquilamente por la inversa. Y vamos teniendo también una definición ciertamente más precisa para la una, la *rule of law*, que para el otro, el *imperio de la ley*. Este, el imperio, tiende a resolverse ya en redundancias, ya en remisiones, mientras que aquella, la *rule*, expresa directamente una sujeción de poder a derecho. «*Rule of law*: the form of government», la forma constitucional, en la que tal subordinación se da (6). La entrada puede también resolverse en una acepción más particular de regla concreta de derecho sin tal implicación (7). *Rule of law* puede indicar así un precepto jurídico cualquiera y no significar siempre *form of government*, un régimen constitucional, pero éste de carácter general es el sentido que infunde significación y confiere alcance a la expresión. Es el que puede entonces comunicar entre lenguas. En las correspondencias que vamos viendo entre *rule of law* e *imperio de la ley*, el segundo tiende a equipararse a la primera, pudiendo de este modo compartir su sentido constitucional, pero aquella, la *rule of law* que resulta así el sintagma definitorio, no está claro que a su vez se iguale a éste, al *imperio de la ley*, el cual queda siempre peor definido. ¿Qué ecuación tan dispar es ésta? Los diccionarios arrojan perplejidad, pero sigamos consultando.

Compulsemos el sintagma inglés que parece menos veledioso o más afianzado: *rule of law*, esto es, *regla* ¿de qué? ¿De *ley* o de *derecho*?. Observemos: «*Rule of law*, imperio de ley, máxima, precepto de ley, principio de derecho». «*Rule of law*, norma jurídica, precepto legal, el imperio de la ley, principio o máxima del derecho, estado de derecho», pero «imperio de la ley, *rule of law*»

(5) Ramón LACASA e Isidro DÍAZ DE BUSTAMANTE, *Diccionario de Derecho, Economía y Política. Inglés-español, español-inglés*, Madrid 1980; Luís RIBÓ, *Diccionario de Derecho. Los conceptos del Derecho positivo, con sus variedades terminológicas en la América hispana y con referencias a la sistemática del Derecho civil, mercantil, constitucional, administrativo, fiscal, laboral, penal, comunitario y procesales*, Barcelona 1987.

(6) Roger SCRUTON, *A Dictionary of Political Thought*, Londres 1982.

(7) William P. STATSKY, *West's Legal Thesaurus - Dictionary*, Saint Paul 1986.

sin más. « *Rule of law, principe de droit*, principio de derecho, *Rechtsnorm, Rechtsstaatsprinzip* », norma de derecho o principio de estado de derecho. « *Rule of law*, principio de derecho máximo, precepto de ley; sistema gubernamental bajo el cual la autoridad máxima es la ley, no una persona o grupo de personas ». El concepto se define siempre mejor para la *rule of law*, pero sin que acabe de trazarse claramente la correspondencia. Resulta un círculo que no es vicioso porque no cierra la circunferencia <sup>(8)</sup>.

« *Rule of law*, sometimes called *the supremacy of law*, provides that decisions should be made by the application of known principles or laws without the intervention of discretion in their application »: también dicho a veces *supremacía de la ley* (¿o *del derecho*?), postula que las decisiones deben adoptarse mediante la aplicación de reglas sin margen así de discreción. He traducido *reglas*, como si estuviéramos ante la redundancia de *rule of rules*, porque se ha dicho regla de *principles or laws*, es decir quizá de *leyes*, pero también y anteriormente de algo más que *leyes*, de unos *principios* que como tales preceden. La *rule of law* resulta que es también *rule of principle*, régimen o regla de algo definitivamente anterior y presumiblemente superior a ley. En el caso, unas traducciones remiten a *derecho*, pero marcando una *rule* diversa, un régimen que tampoco acaba de ser coincidente: *principio de derecho*, *règle de droit* y *Herrschaft des Rechts*, principio, regla o imperio <sup>(9)</sup>. Cuando un diccionario de derecho en lengua francesa, aunque belga, puede acabar formulando en una voz de *pouvoirs*, de poderes, un principio de *domination de la loi, même anticonstitutionnelle*, de imperio de la ley incluso

---

<sup>(8)</sup> Emilio Germán MUIZ (director), *Diccionario terminológico de Derecho. Dictionary of Legal Terminology*, Madrid 1992; Enrique ALCARAZ y Brian HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos*, Barcelona 1994; Lawrence D. EBERT y Fernando MORALES, *Multilingual Law Dictionary*, Alphen aan den Rijn 1978; Gerardo SOLÍS, *West's Spanish-English, English-Spanish Law Dictionary. Translations of Terms, Phrases and Definitions of Concepts of Modern Spanish and English Legal Terminology*, Saint Paul 1992, por dicho orden de cita.

<sup>(9)</sup> *Law and Commercial Dictionary in Five Languages. Definitions of the Legal and Commercial Terms and Phrases of American, English, and Civil Law Jurisdictions. English to German, Spanish, French, Italian*, Munich, 1985; la misma definición, sin traducciones, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, Saint Paul 1990

anticonstitucional <sup>(10)</sup>, ¿estamos hablando realmente de *rule of law*, de una misma cosa? Aparte el régimen de referencia en cada caso, ¿jugamos con términos intercambiables? ¿Podría decirse *rule of law*, *even unconstitutional*?

Rule of law no parece definitivamente, ya no digo *imperio*, sino ni siquiera *regla de ley*. ¿A qué viene entonces la correspondencia más usual, aunque resulte llamativamente de dirección normalmente única, con nuestros sintagmas de *imperio de la ley* o de *principio de legalidad*? Y si *rule of law* resulta *regla de derecho* o similar, ¿por qué no se nos presenta en castellano esta traducción más simple? ¿Es que no podemos tener una fórmula tan sencilla con su significación constitucional, como *form of government*, igual que se tiene en inglés? ¿Qué ocurre para que el sintagma no pueda operar del mismo modo en una y en otra lengua? ¿Y por qué en la española se recurre normalmente a unas expresiones que, en dicho caso *de derecho* y no *de ley*, expresaría mal un sentido? ¿Lo suponen entonces otras locuciones no referidas a ley, sino a derecho, como principalmente, por más acuñada, *estado de derecho*? ¿Equivale la expresión neutra de *regla* a la que parece en cambio indicar institución política como ésta otra de *estado*? Resultan interrogantes que los diccionarios pueden suscitar, pero no resolver. Dejemos de momento estos instrumentos útiles, pero limitados y además cansinos. Más tarde, haciéndonos con antecedentes, puede que algunos otros todavía nos ilustren. De ellos, vayamos reteniendo los interrogantes.

Hay también instrumentos lingüísticos que, sin la servidumbre del orden casual del abecedario ni de la dosis medida de cada voz, intentan ofrecer más que los diccionarios. Así tenemos una reciente introducción española al *Inglés jurídico*, a este espacio idiomático que parece realmente necesitado de oficios. Ahí se nos asegura que « las sociedades democráticas se rigen por el imperio de la ley, *the rule of the law* », con una nota presuntamente aclaratoria: « La expresión *the rule of the law* también se traduce con frecuencia por *el estado del derecho*, siendo *el imperio del derecho* uno de los rasgos

---

(10) Robert WILKIN, *Dictionnaire du Droit Public*, Bruselas 1963.

básicos del estado de derecho »<sup>(11)</sup>. No salimos de lo mismo, aunque algo se agrega. Por una parte, tenemos que *rule of law* es ahora repetidamente, sin parecer errata, *rule of the law*, con una determinación que puede no ser inocente. Un término de *law* genérico, sin artículo determinado, parece apuntar más a *derecho* que a *ley*, al conjunto del ordenamiento objetivo más que a una clase particular de norma, y viceversa. Deslizar el artículo, *rule of the law*, frente al propio uso inglés, *rule of law*, implica acercar la expresión original a las implicaciones no tan equivalentes del *imperio de la ley* aun con el recurso luego de otras correspondencias en nota: *imperio del derecho* o *estado del derecho*, también aquí con artículo y no así *estado de derecho*. Y hay algo más: *the rule of the law*, dicho imperio no se sabe si de ley o de derecho, se nos ha dicho que es algo propio de las *sociedades democráticas*. Así tenemos que *rule of law* y *sociedad democrática* también guardarían correspondencia.

El muestrario de motivos se nos amplía sin que al tiempo parezca que se nos vayan aclarando las acepciones. Unos problemas semánticos se encuentran realmente enquistados en este capítulo jurídico, pero no lo parecería por la práctica de unas traducciones. Dígase lo que se nos diga, la correspondencia entre *rule of law* e *imperio de la ley* viene resultando tan pacífica que ni siquiera suelen cuestionarse los respectivos sentidos y no tan idénticos alcances en el momento de traducirse la primera por el segundo. A tal punto llega esto que parece incluso abrirse últimamente el camino de vuelta, aquel que parecía contramano desde el segundo, el *imperio*, a la primera, la *regla*. Una obra de autor significado y plenamente situada en el universo de la *rule of law* presenta el título de *Law's Empire*. ¿Imperio de la ley? Una traducción advertida titula *Imperio de la justicia*, más así *de derecho* que *de ley*, pero sin tenerlas todas consigo pues añade el estrambote de un subtítulo de dudosa virtud esclarecedora. Ni *law's empire* parece que pueda significar *imperio de la ley* en un mundo de *rule of law* ni resulta definitivamente que tengamos unas traducciones que correspondan y se comuniquen<sup>(12)</sup>. ¿No tiene realmente corresponsal en otras lenguas, como

---

(11) Enrique ALCARAZ, *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Barcelona 1994, p. 9.

(12) Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge 1986; traducción de Claudia

en el castellano jurídico, *rule of law*? ¿No hay modo de decir tan claramente lo que esta regla significa, su principio de sujeción de poder a derecho, en otra lengua que en inglés?

En la dirección que no parece contramano, pero que no está tan expedita, la de *rule of law* a *imperio de la ley*, bástenos ya finalmente una muestra recentísima, una publicación con el título expresivo de *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*. En su contraportadilla de créditos figura este « título original »: *The rule (and role) of law (and lawyers) in American public life*. No ha cabido por lo visto una traducción más literal y no sólo por culpa de unos juegos de palabras: *La regla y el rol de la ley (¿o del derecho?) y de los legistas (¿o de los juristas?) en la vida pública (¿o en la sociedad?) americana (¿o estadounidense?)*. Ahí mismo, en dicha página de créditos, se añade una N.T., una nota de la traducción: « La expresión *rule of law* se traduce, según el contexto, como *imperio de la ley* o como *principio de legalidad* », sin más cuestión. Lo que parecía especialmente problemático, esta correspondencia entre *law* y *ley* o también *legalidad*, así no lo parece. Sin embargo, algún problema habrá cuando la nota se cree precisa. Cuál sea no se sabe o al menos no se dice. La traductora es jurista. Antepone una presentación donde habla de la « efectiva vigencia del imperio de la ley » en esa *América* que sólo son unos Estados Unidos para enseguida referirse, sin transición alguna, al « papel creativo del poder judicial » que nos dice establecido « en el ordenamiento norteamericano por imperativo constitucional », en este « ordenamiento que, en virtud del precedente (*stare decisis*), reconoce la labor creativa de los tribunales » <sup>(13)</sup>.

¿Cómo casa una cosa con la otra, la *efectiva vigencia del imperio de la ley* con la *labor creativa de los tribunales*, cuando así aparecen tan seguidas que casi se identifican? ¿Qué *ley* es esa que, en virtud

---

Ferrari y revisión técnica de Ernesto ABRIL, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona 1988.

<sup>(13)</sup> Burt NEUBORNE, *The rule (and role) of law (and lawyers) in American public life*, traducción de Montserrat Cuchillo, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Barcelona-Madrid (Universitat Pompeu Fabra — Cuadernos Civitas) 1995, *Introducción* de M. Cuchillo, pp. 15-28. El texto como tal no tiene edición original pues está compuesto para la traducción española.

del valor del precedente judicial, de tal principio del *stare decisis* o de atenerse al tracto de las propias decisiones, pueden establecer unos tribunales en este curso que así parece autónomo de la justicia? ¿Qué *imperio* resulta entonces? Ni la traductora ni el autor afrontan la dificultad. No se ve que detecten problema con las palabras, ni la una con *imperio* y con *ley* ni el otro con las que se encuentran solapadas, bajo la traducción, de *rule* y de *law*, las cuales parecen en todo caso desentonar menos en la secuencia judicial dicha, pues *rule* no es *imperio* y *law* puede no ser *ley*. Con todo, sólo presuponiendo el mismo solapamiento de conceptos en castellano, esto es, que *imperio* no es imperio y que *ley* puede no ser ley, cabe comprender esa sucesión inmediata y combinación pacífica de la *efectiva vigencia del imperio de la ley* y la *labor creativa de los tribunales*. Mas ¿qué lenguaje es entonces éste del derecho, capaz de alterar de tal modo el sentido más ordinario de las palabras? ¿Y cómo una Constitución, nada menos que esta norma, se permite tal licencia lingüística que arriesga equívocos neurálgicos?

Estamos en un punto delicado, suficientemente confundidos por unos testimonios presentes. De la perplejidad parto. Intentemos remontarla. Entremos para ello en una historia que está en buena parte por hacer, con su vastedad espacial y extensión temporal, mas que no se encuentra inédita<sup>(14)</sup>, o vamos más sencillamente a asomarnos a ella. No cuento aquí y ahora con espacio ni con tiempo, por no decir con ciencia, para más. Sigamos así, sin otras excusas ni preámbulos, la indicación de Tomás y Valiente, aquella señal de tráfico para entrar en la historia con la preocupación y para el manejo del presente, « 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 ». Vamos al intento de

---

<sup>(14)</sup> Para nuestro concreto asunto, cubre con creces unos arcos espacial y temporal Franz NEUMANN, *The Governance of the Rule of Law: An investigation into de relationship between the political theories, the legal system and the social background in the competitive society*, Londres 1936, título de *rule of law* sintomáticamente vertido por *imperio de la ley*: traducción, más epílogo, de Alfons Söllner, *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, Frankfurt am Main 1980.

aplicar la sugerencia a la institución que supone de por sí el concepto del *imperio de la ley* para ver de contribuir a dilucidar en algo su implicación actual, que es lo que nos afecta y por ello importa.

### 3. Rule of law, droit administratif, judicial review.

El sintagma central respecto al cual otros términos pueden también significarse parece que resulta el de la *rule of law*. Históricamente no caben muchas dudas. Algunas entre las expresiones ya aparecidas, como la de *estado de derecho* o como también la misma de *imperio de la ley*, podrán ser anteriores léxicamente, pero no semánticamente. Seguirán órbitas que acabarán formando constelación alrededor de la regla. El estado y el imperio resultarán satélites. Todo esto espero que podamos irlo apreciando. A ello vamos.

Comencemos así por la *rule of law*, astro primero, no en el tiempo, mas en el espacio, en un espacio constitucional. Pertenece a fechas mucho más recientes de lo que suele presumirse. Si no se acuñó, se significó, logró curso y cobró 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 pueden presentarse 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 <sup>(15)</sup>. Pero a finales de toda esta trayectoria resulta que tal sintagma presuntamente

---

<sup>(15)</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, Berlín 1967, vol. I, pp. 74-76.

característico de todo un constitucionalismo histórico parece inexistente <sup>(16)</sup>. 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 <sup>(17)</sup>.

*Rule of law* es un invento de Albert Venn Dicey, de su influentísima *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución*, cuya primera edición es de dicho año, de 1885 <sup>(18)</sup>. Buscándosele origen, se pone en realidad de relieve la invención. No estamos ante el expositor, sino ante el inventor <sup>(19)</sup>. 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 <sup>(20)</sup>. 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

<sup>(16)</sup> 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.

<sup>(17)</sup> K. LOEWENSTEIN, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, vol. I, pp. 77-79; David MILLER (director), *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought*, Oxford 1987, instrumento que, entre los diccionarios y enciclopedias que he consultado, es el único cuya voz de *rule of law*, en vez de doctrina, ofrece información, dirigiendo a lo que ahora sigue y en la forma también sustancialmente como se expone.

<sup>(18)</sup> 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, Indianapolis 1982.

<sup>(19)</sup> H.W. ARNDT, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, en *The Australian Law Journal*, 31, 1957, pp. 117-123; Richard A. COSGROVE, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Londres 1980.

<sup>(20)</sup> 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.

judicial. No es entonces *regla de ley* en su sentido de norma de determinación política, pero ésta 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 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 (21). 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

---

(21) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 207-210: «Rule of law oder die Vorherrschaft des Parlaments in England»; Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín 1992, traducción de Marina Gascón, con un epílogo literalmente extravagante de Gregorio Peces-Barba (*Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, pp. 157-173), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid 1994, p. 27: con Dicey «el *rule of law* se ha transformado en la *sovereignty of Parliament*».

Dicey enormemente controvertido en su época y aún de nuevo hoy <sup>(22)</sup>, un capítulo considerablemente incisivo a mi juicio <sup>(23)</sup>. 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 capacitación 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 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

---

<sup>(22)</sup> 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, aun desde una radical incomprensión a mi entender de las posiciones encontradas.

<sup>(23)</sup> B. CLAVERO, *Tutela amministrativa o diálogos con Tocqueville*, pp. 454-462, en *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, pp. 419-468.

distintas del constitucionalismo. Habría en tal caso que matizar, corregir o completar apreciaciones de Dicey, pero esto creo que aquí interesa sólo relativamente. Luego diremos algo. 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. Si vamos a asomarnos ahora a la historia jurídica de un caso de *rule of law*, como también haremos luego lo propio con algunos de *imperio de la ley*, no es porque nos interese el transcurso efectivo de los casos en sí, sino por la razón y al solo efecto de que queremos ilustrarnos sobre los correspondientes tópicos, sobre dichas tipificaciones.

A un tal propósito, también creo que puede ser más interesante mirar, no la matriz británica, sino el vástago norteamericano, el caso derivado de los Estados Unidos de América, puesto que va a ser en definitiva el más significativo de un entendimiento constitucional de la *rule of law*. Como ya nos advertían los diccionarios, este sentido más general no va a ser hasta hoy el único. La expresión triunfa y arraiga en los medios del *common law*, de este *derecho común*, mas no manteniendo siempre su alcance constitucional, sino aplicándose también en un sentido particularizado que ya podía venirse dando ocasionalmente, significándose así preceptos concretos de origen y elaboración tanto judiciales como legislativos o, lo que podía ser más común, mixtos. Presenta este último carácter el ejemplo que más se repite en los propios diccionarios, el de la *rule against perpetuities*, una regla contra las vinculaciones procedente del siglo XVI que podrá finalmente tenerse por una tal *rule*, por una *rule of law* en toda regla entre muchas otras <sup>(24)</sup>. *Rule of law* puede serlo cualquier norma.

Ambas acepciones, la general o constitucional y la particular o normativa, se encuentran a ambos lados del océano, pero la segunda

---

(24) B. CLAVERO, *Mayorazgo*, Madrid 1989, p. 468, del capítulo comparativo que esta edición añade. El *Law and Commercial Dictionary in Five Languages* citado sólo sabe ofrecer cierta traducción en alemán: *Fideikommissverbot*, prohibición de fideicomiso; en *spanish*: «regla contra la incertidumbre del derecho de propiedad a perpetuidad».

va a llegar a ser más característicamente inglesa y la primera, la que aquí nos interesa, estadounidense. Hoy un sistema de *rule of law* se identifica más por la versión americana que por la europea. Acudimos así a ese caso, a un constitucionalismo que se plantea y desarrolla al otro lado del océano sobre la misma base del *common law*, del *derecho común* británico, con el núcleo ya formado de lo que podemos decir *common rights*, de derechos subjetivos constitucionales, sobre esta base de sustentación final de la idea posterior de la *rule of law* (25). Acudamos a dicho caso en busca sólo de la ilustración. No es preciso que nos adentremos en ninguna historia más menuda.

Estados Unidos presenta desde sus orígenes un constitucionalismo formalizado en una medida inédita en Europa. Si hay un momento creativo de un sistema constitucional, de todo un sistema tal, ahí se sitúa (26). Hay base para entender que queda entonces instituida una *rule of law* que no acababa en cambio de regir en Inglaterra (27), pero mal podría establecerse lo que aún no se había inventado. Entre las alternativas que definirá Dicey, en Estados Unidos puede decirse que no había originalmente sistema ni de *droit administratif* ni de *rule of law*. Lo primero resulta desde luego más patente. Desde unos orígenes, allí no cabe el grado de exención de *ley* y de *justicia* que caracterizará al *derecho administrativo*. Mas lo segundo también es constatable. Aunque igualmente hoy se diga que tampoco tenía ya cabida la *soberanía*, este principio de exención de derecho (28), los Estados se alzaron con la condición impidiendo una sujeción eficaz de los poderes políticos a *rule of law*, a *regla de derecho*, se le dijese como se le dijera (29). Mas en Estados Unidos había también desde sus orígenes unos factores que podían no sólo

---

(25) James R. STONER, *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence 1992.

(26) Gordon S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969), Nueva York 1993.

(27) Jack P. GREENE y J.R. POLE (directores), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*, Oxford 1991, la voz *rule of law* debida a John Phillip REID.

(28) Akhil Reed AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, en *The Yale Law Journal*, 96, 1987, pp. 1425-1520.

(29) John V. ORTH, *The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History*, Nueva York 1987.

mantener, sino también potenciar una determinación judicial del derecho y así eventualmente un sistema de *rule of law* en mayor medida y por encima de la evolución ya paralela del caso británico. Ahí podría reforzarse y dilatarse el espacio judicial propio del *common law*, del derecho de matriz inglesa, un espacio de determinación del derecho que, por considerar a estas alturas *rights* o derechos, resultaba exento de dirección legislativa, de *imperio de la ley* se le dijese como se le dijera.

Los factores son varios y aquí bastará con señalar los principales, uno interno y otro externo a la justicia. Por una parte, la institución inglesa del jurado, una participación ciudadana directa en la justicia, no sólo se afirma y refuerza en América como *right*, derecho de índole constitucional, más así que garantía de *common law* <sup>(30)</sup>, sino que también se consolida y extiende como práctica ordinaria de este orden judicial, con todo lo cual incide en dicho efecto de potenciación de un espacio autónomo de determinación del derecho por esta vía de justicia <sup>(31)</sup>. Por otra parte, también se da en aquellos orígenes del sistema estadounidense respecto a la determinación misma del derecho, junto a la mayor autoridad del jurado, una inferior en cambio de la otra forma constitucional de participación ciudadana, de la ley parlamentaria. La oposición de las colonias al poder legislativo del parlamento británico repercute en la propia concepción y práctica de la legislación en Estados Unidos <sup>(32)</sup>.

Un espacio judicial propio queda así con todo efectivamente reforzado, aunque no nítidamente definido, con el fondo siempre de una competencia primaria respecto a *rights* o derechos más clara entonces, en una primera fase, para los constitucionalismos y las justicias estatales que para los federales. La famosa sentencia de la Corte Federal Suprema *Marbury versus Madison* viene en 1803, no a sentar algún principio nuevo como luego se querrá, sino a ratificar la existencia de dicho espacio constitucionalmente propio incluso a su

---

<sup>(30)</sup> J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, Madison 1986, pp. 47-59.

<sup>(31)</sup> Shannon C. STIMSON, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton 1990.

<sup>(32)</sup> J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vols. III, *The Authority to Legislate*, y IV, *The Authority of Law*, Madison 1991-1993.

nivel anulando en concreto parte de una ley que ampliaba el campo de la justicia federal contra el tenor literal de la Constitución respectiva <sup>(33)</sup>.

Puede decirse que hay así, sin necesidad del sintagma, una doble *rule of law* cada una con su propio ámbito. Está el espacio de una *rule of law* judicial y está el de una *rule of law* parlamentaria, de un *imperio de ley* si queremos también decir. Son espacios así constitucionalmente limitados, complementándose y sobre todo contrapezándose. El conjunto lo preside un *imperio* o mejor quizá *regla* ni de lo uno ni de lo otro, ni de *justicia* ni de *ley*, sino de *Constitución*, imperio o regla que particularmente se manifiesta por la posibilidad siempre abierta de reformas o *enmiendas* de este rango constitucional que redefinan o precisen las cosas a través de procedimientos extraordinarios de carácter sustancialmente parlamentario. Una *rule* superior o regla de alcance constitucional sentada por la justicia conforme a su competencia respecto a *rights* o derechos podía ser perfectamente revisada o incluso anulada, no por ley ordinaria, sino por enmienda de la Constitución. Este fue el caso señalado de la abolición de la esclavitud por esta vía de reforma constitucional frente a una jurisprudencia que primaba como *right* el derecho de propiedad incluso sobre las personas, acontecimiento que además permitirá a la larga una capacitación más clara de la propia justicia federal respecto a *rights* o derechos <sup>(34)</sup>.

Aquella reforma ya se sabe que costó una guerra civil. Costoso es de por sí el procedimiento de *enmienda*. Precisamente la dificultad extrema o incluso el bloqueo práctico del mecanismo de reforma constitucional en el siglo XX, con manifestaciones como la del fracaso de una enmienda actualísima de no discriminación y la del éxito sustitutivo a las alturas de 1992 de otra obsoleta procedente de 1789 en materia de sueldos federales <sup>(35)</sup>; precisamente esta especie

---

<sup>(33)</sup> Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*» and *Judicial Review*, Lawrence 1989.

<sup>(34)</sup> Richard C. COSTER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison 1981; Earl M. MALTZ, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence 1990

<sup>(35)</sup> B. CLAVERO, ¡*Aun dicen que la democracia es cara!*, en *Derecho de los Negocios*, 26, 1992, pp. 13-15.

de inhabilitación de unas previsiones de evolución y adaptación constitucionales, es lo que va a llevar a una entronización superior de la primera regla, de la *rule of law* en su sentido judicial, por encima de cualquier otra. Resulta la famosa *judicial review* o posibilidad de *revisión judicial* de toda ley en momento contencioso por consideración particularmente de *rights*, de *derechos* constitucionales, esta competencia judicial de *common law* que, acentuándose en tal grado, reduce el espacio autónomo de la *rule* legislativa o invade así el margen propio de la determinación parlamentaria del derecho de nivel tanto ordinario como constitucional. Sintomáticamente, dicho mismo sintagma de *judicial review* o revisión judicial, es también bastante más bisoño de lo que suele creerse. No proviene de principios del siglo XIX, del caso *Marbury versus Madison*, sino que pertenece plenamente al XX<sup>(36)</sup>. Es en definitiva otro tópico, lo que no quiere decir una falsedad, aunque sólo sea porque genera performativamente su propia realidad.

Ya en pleno siglo XX, en su segunda mitad sobre todo, es cuando también se adopta resueltamente el tópico de la *rule of law* para significarse e identificarse un sistema como el estadounidense, para hacer mérito, sustento y defensa del mismo. En lo que aquí nos importa, resulta ser finalmente un régimen *de justicia*, el dicho, lo contrario exactamente a uno de *imperio de la ley*, a lo que éste al menos expresa literalmente. Puede serlo en casa, porque para la representación y propaganda 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 adopta dicho sentido de régimen judicial<sup>(37)</sup>.

Advirtámoslo bien. Los mismos contrasentidos de una traducción, aquellos usuales que veíamos, pueden tener explicación sin cobrar por ello sentido. Tras hablarse de esa *rule of law* estadounidense puede perfectamente, sin transición alguna, hacerse referencia

---

(36) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Nueva York 1986.

(37) 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*.

a cosas como la *labor creativa de los tribunales*. Es ciertamente lo mismo, un régimen de carácter, no legislativo, sino judicial. Si todos participásemos de la misma lengua inglesa y del mismo sistema americano, no habría problema. El equívoco viene por una traducción que no tiene conciencia; que no guarda equivalencia ni hace advertencia: por aquella versión tan común, y tan autorizada por diccionarios, que comienza por vertir *rule of law* por *imperio de la ley*, como si *rule* significase *imperio* y como si *law* quisiera decir *ley*. 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.

Para un mundo crecientemente comunicado en pie ya no de desigualdad abierta, mundo en el cual el derecho no puede recluirse en el interior de unas fronteras, los equívocos no sólo afectan al lenguaje, a unas traducciones entre lenguas. También alcanzan a un diálogo jurídico entre sistemas políticos. En el orden interestatal que suele decirse internacional, hoy se predica y normalmente se asume la existencia de un principio común de derecho que tanto se denomina *rule of law* como *imperio de la ley* sin que responda propiamente a los presupuestos judiciales de la una ni a los legislativos del otro, prestándose así a todo género de equívocos respecto no sólo a su entidad, sino también a su predicamento, al valor del mismo. Y no contamos con una expresión común y justa. Luego, al final, será el momento de comprobarlo y reflexionar.

Conviene que volvamos a nuestro campo, al del *imperio de la ley*, puestos ya en antecedentes de una *rule of law* que claramente no es dicho poder y que originalmente tampoco lo representa. Vamos entonces a proseguir con una historia a fin de sopesar una secuela, la *carga quizá invisible, pero condicionante* que la misma 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*.

#### 4. *Imperio de ley, codificación de derecho, derecho administrativo.*

He anticipado que el *imperio de la ley* como principio no parece anterior a la *rule of law*, pero esto no es 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 afirma que la revolución francesa y la codificación napoleónica vinieron, entre siglos, a dar un cumplimiento (38). 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 (39). El Montesquieu de *El espíritu de las leyes* no es el que luego querrán unos artífices constitucionales (40).

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 contratto 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 (41). Mas tampoco con ello se expresaba lo que hoy tiende a entenderse. Entonces no podía

---

(38) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 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».

(39) 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).

(40) Giorgio REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Turín 1993, pp. 15-26.

(41) Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 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 facsimil con presentación de Tomás y Valiente, Madrid 1993.

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 (42). 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 (43). 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: « El *imperio de la ley*, que algunos creen producto del constitucionalismo decimonónico, proviene, dentro de la mejor solera jurídica, de Roma... » (44). 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 (45). 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*.

Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho que no alcanza dicho efecto, pero que será importante para

---

(42) Edición primera, ejemplar del facsímil con introducción de Luigi Firpo, Turín 1964, p. 8 dicha.

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

(44) LUÍS ALCALÁ ZAMORA, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires 1979.

(45) 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.

su aparición posterior. Es premisa que en efecto 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 <sup>(46)</sup>. 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 <sup>(47)</sup>. 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 <sup>(48)</sup>.

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

---

<sup>(46)</sup> 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.

<sup>(47)</sup> 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.

<sup>(48)</sup> 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 honore di Francisco Tomás y Valiente*, Milán 1994, pp. 19-39.

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. 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 también, 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 <sup>(49)</sup>.

Codificación del derecho y derecho administrativo sin codificar constituyen dos elementos así diversos, pero de un mismo sistema. 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 <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> H. COING (director), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vols. III.1-III.5, *Das 19. Jahrhundert*, Munich 1982-1988.

<sup>(50)</sup> Jacques CHEVALLIER, *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 Costi-*

¿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, 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. Tras experimentos revolucionarios de diverso signo, resulta por aquí secundaria e incluso prescindible la presencia del jurado <sup>(51)</sup>, con lo que tal legalización extrema de la justicia puede entenderse como un imperativo constitucional, como lo que podrá llamarse *principio de legalidad*. Es legalidad traída por la revolución y la codificación, lo cual no quiere decir que la misma quede establecida con carácter más general como principio del sistema <sup>(52)</sup>.

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

---

*tuzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán 1993; Stefano MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, *La formazione del sistema, 1661-1815*, II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milán 1994-1996.

<sup>(51)</sup> 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.

<sup>(52)</sup> Roberto MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791*, Milán 1984; Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, París 1989; J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, París 1992.

no lo asumirán para sí mismas<sup>(53)</sup>, perdiendo una posición de presidencia del derecho, o de *rule of law* si quiere decirse, que no tendrán medio de recuperar ni proponiéndoselo<sup>(54)</sup>. 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 caber 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<sup>(55)</sup>.

<sup>(53)</sup> Pierre ROSANVALLON, *La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, París 1994.

<sup>(54)</sup> Piero CRAVERI, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Nápoles 1985.

<sup>(55)</sup> Benjamin CONSTANT, *Curso de Política Constitucional*, « traducido libremente » por Marcial Antonio López, con *Observaciones* del mismo, Madrid 1820, cap. 1: *De la soberanía del pueblo*, cap. 2: *De la definición y diferencia de los poderes constitucionales*,

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<sup>(56)</sup>. En España la tenemos desde la misma primera mitad del XIX<sup>(57)</sup>. A mediados, unas *Lecciones de Derecho Político* pueden exponerla de forma que nos permite apreciar su alcance relativo todavía<sup>(58)</sup>. 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*

---

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 *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.

<sup>(56)</sup> 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.

<sup>(57)</sup> B. CLAVERO, *Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, pp. 81-194.

<sup>(58)</sup> 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 que he comprobado original, de 1843, donde parece una cita sin identificar.

ria 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*, 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 en un Tribunal Supremo bastante dependiente a su vez de un poder gubernativo. Hay aquí desde el pasado siglo un *stare decisis*, una vinculación de la justicia a decisiones judiciales, lo que se nos ha dicho propio de la *rule of law*, pero presentando un signo bien distinto al faltarle, o mejor fallarle, un sustento, el jurado, y una consistencia, la judicial. Esto se une al hecho de un éxito mayor en la importación del *droit administratif* durante el siglo con relativa

exención legislativa y superior incapacitación judicial. Quizá no resulte la imagen historiográfica usual de aquella España constitucional, pero por ahí andan unos datos primarios <sup>(59)</sup>. 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 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. Tampoco cuento con espacio actual, por no decir con conocimientos virtual, para una historia más menuda de este tópico del *imperio de la ley*, el principal para nosotros, pero ya sabemos que esto no entra en nuestros propósitos. Excusas aparte, tratamos ahora de entender la posición que ocupa tal imperio respecto a la *rule of law* para ver siempre de poder captar en algo su significación presente.

Los diccionarios nos han dado una pista de que el *imperio de la ley* puede cuajar como traducción de la *rule of law*, una traducción que, por resultar equívoca, pudiera 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 sabemos que *rule of law* no es exactamente lo mismo que sería *rule of the law*. Un *law* genérico, sin artículo determinado, apunta a *derecho* y no a *ley*, al conjunto del ordenamiento objetivo y no sólo a una clase particular de norma que también pudiera significar, mientras que la expresión determinada, *la ley*, está indicando más eso segundo, la legislación, que lo primero, que *el derecho*. También es verdad que la traducción pertenece al medio de unas categorías

---

<sup>(59)</sup> B. CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de universidad y desempleo de derecho*, en *Quaderni Fiorentini*, 21, 1992, pp. 37-87.

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 tópica 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.

##### 5. Selbstverwaltung, Rechtsstaat, Rechtssatz.

*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 <sup>(60)</sup>. No vienen de un constitucionalismo como el británico ni atraviesan una revolución como la francesa. Se trata de otros medios europeos continentales, fundamentalmente alemanes. 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, la 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

---

<sup>(60)</sup> Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán 1979; Pierangelo SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987.

que no ha pasado por una revolución como la francesa <sup>(61)</sup>. *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 entraba así 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 democrática, 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* <sup>(62)</sup>.

Resulta así el *selfgovernment* efectivamente un tópico continental y no británico, como no dejó de ponerse en evidencia ya por su tiempo <sup>(63)</sup>. Aunque también en la época podrá esto olvidarse, como comprobaremos, no fue ningún secreto <sup>(64)</sup>. Prevenámonos así también contra el equívoco. Sigamos poniéndonos en guardia. Si quiere traducirse entonces la expresión manteniéndose el sustantivo,

<sup>(61)</sup> Fabio RUGGE, *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milán 1989.

<sup>(62)</sup> 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 politischsozialen 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. SCHIERA (director), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bolonia 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.

<sup>(63)</sup> 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.

<sup>(64)</sup> 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*) è puramente tedesca, e propriamente prussiana, e non inglese ».

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 unos diccionarios hoy registran como uno de los posibles equivalentes a la de *rule of law* incluso con preferencia en la actualidad al 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 también ofrecer no una forma de traducción de la *rule of law*, sino un impedimento a la comunicación <sup>(65)</sup>.

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

---

(65) 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.

extrañará que la expresión, insertándose en un medio extraño, se desvirtue 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 definitorio 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 éstos 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* <sup>(66)</sup>.

Los mismos giros no significan lo mismo. Ambas *reglas de derecho*, la de producción alemana y extensión continental como la

---

(66) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 245-253; E.W. BOECKENFOERDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, pp. 226-329; Marie Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, París 1992. Veo en directo a Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie generale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, París 1920-1922, vol. I, pp. 300-326; *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París 1931, pp. 6-15, que se basa al efecto principalmente en la edición francesa del *Deutsches Reichsstaatsrecht* (1894) de Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París 1900-1904, mas no he confrontado la construcción alemana con la adopción francesa ni tampoco sé si la primera ya figura en la versión previa de la obra de Laband, en su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, que data de 1876-1878 (M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, pp. 341-348), con lo que así tendríamos, para la misma expresión de *regla de derecho*, una anticipación de correspondencia que vendría a sumarse a las del *imperio de la ley* y del *estado derecho*. Ya digo que es una historia internacional a varias bandas en buena parte por hacer.

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.

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* <sup>(67)</sup>.

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* puede aplicarse, mirando a derechos, 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

---

(67) Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel* (1920), París 1927-1930, vol. I, *La règle de droit y Le problème de l'État*.

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 (68). Pero no creo que aquí haya de importarnos la derrota claramente no constitucional más que el arranque problemáticamente tal. El *Rechtssaat*, 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 confluír 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 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 (69). 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 (70). El mismo lenguaje de los *derechos públicos subjetivos* como signos del *estado de derecho* ha podido recobrar valor, pero sin acabar de solventar la

---

(68) 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.

(69) 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; Luís VILLACORTA, *Reserva de ley y Constitución*, Madrid 1994, pp. 4853.

(70) 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.

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<sup>(71)</sup>. 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 sin duda constitucional<sup>(72)</sup>.

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 que parece en principio tan sencilla. Algún aviso, aunque inconsciente, se encerraba en los diccionarios cuando no la ofrecían. 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.

## 6. Recht y right; ley y law.

*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, como también *diritto*, mantiene un sentido de ordenamiento obje-

(71) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid 1994.

(72) 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.

tivo. Estrictamente, 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 y *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 » (73).

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

---

(73) 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 sus *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.

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 <sup>(74)</sup>. 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 <sup>(75)</sup>. En él echa 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 <sup>(76)</sup>. 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 <sup>(77)</sup>. *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

---

<sup>(74)</sup> 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.

<sup>(75)</sup> Richard TUCK, *Natural Rights Theories: Their origin and development*, Cambridge 1979, pp. 119-142.

<sup>(76)</sup> J.P. REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago 1988.

<sup>(77)</sup> 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.

encima de los *statutes*, a los *derechos* como canon de *las leyes*, de un modo que, sin la fórmula construida 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 <sup>(78)</sup>.

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 légal*,

---

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

*derecho legal* y *gesetzliches Recht*, nada que tampoco realmente rinda un sentido constitucional, que lo traduzca y comuniqué. 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 (79).

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 otro tópico, en la forma incluso de presumir correspondencia y aún 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

---

(79) 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.

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 de sobra 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*, *règne de la loi* o *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 se comunica. 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 marcara, no sólo teórico, sino también práctico, o también prudencial como corresponde al derecho.

7. *Corresponsales de rule of law: imperio de la ley, estado de derecho, principio de legalidad, selfgovernment, revisión judicial.*

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 trasfondo 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*, adaptar 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 competencia 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 <sup>(80)</sup>.

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.

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

---

<sup>(80)</sup> 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.

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 <sup>(81)</sup>.

La expresión de *imperio*, implicando poder, resulta también menos neutra que la de *principio*, con lo que podrán cambiar las tornas. En el mismo 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 <sup>(82)</sup>. 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 huída de la contingencia.

---

<sup>(81)</sup> 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. Similarmente, *Gran Diccionario Jurídico De Vecchi*, Barcelona 1991, voces *Legalidad penal* y *Principio de legalidad*, ésta como « principio hipotecario » en exclusiva.

<sup>(82)</sup> Eduardo BARRRACHINA, *Diccionario de Derecho Público*, Barcelona 1992.

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 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 recibirlas. 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*.

Mas 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. 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 concepto aun nonnato, 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<sup>(83)</sup>. Lo es también que puede incluso enfrentarse a la codificación, a esta forma legislativa de poder aunque fuera parlamentario o incluso democrático<sup>(84)</sup>.

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 requieren 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, como hemos visto, 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

---

(83) 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.

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

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 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<sup>(85)</sup>, no puede quitarse esta sujeción a ley de alcance constitutivo y esa incapacidad consiguiente de cara a los derechos.

---

(85) 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. LASSER, *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* <sup>(86)</sup>.

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* <sup>(87)</sup>. 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

---

<sup>(86)</sup> Pedro CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

<sup>(87)</sup> Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (1931), traducción de Sabinio Alvarez Guedín, Madrid 1934.

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 algo equívocamente diciendo *imperio de la ley*, algo así como *power of the law*? ¿Estamos ya definitivamente ante una simple traducción sin mayores ni especiales problemas constitucionales, sin relevancia jurídica final de toda esta historia lingüística? ¿Han encajado así las piezas de diversa procedencia en un solo sistema constitucional sin dudas ya respecto a su fondo común, a unas virtudes compartidas? ¿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.

#### 8. *Constitución, tópica y lenguaje.*

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 <sup>(88)</sup>.

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 <sup>(89)</sup>. 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.

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

---

<sup>(88)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, pp. 63-100.

<sup>(89)</sup> *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, vol. I, pp. 922-932 y 1372-1376, y vol. II, pp. 1975-1981 y 2297.

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* <sup>(90)</sup>.

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 decirnos? ¿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 Constitución* que se resuelve en *imperio de la justicia*, 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?

---

(90) 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 cupiera, la interposición referida del legislador orgánico, de una legislación de mayoría cualificada comenzando por la constitutiva del propio Tribunal, ha sido decisiva.

La situación final es similar, pero sólo similar, a la estadounidense. Allí se parte de una capacitación propia de la justicia con presencia 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 aún 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 <sup>(91)</sup>. 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. Vuelva a mirarse el ámbito hoy probablemente más significativo a estos efectos jurídicos, el supraestatal que se dice internacional, en el cual, como ya recordamos, 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 actuales formas declarativas, convencionales e incluso jurisprudenciales 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

---

<sup>(91)</sup> 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.

de los *rights*, de los derechos. Y no hay tópico hecho que lo exprese y participe ni operativo formado que lo consagre y asegure <sup>(92)</sup>.

Un manual terminológico interlingüe puede ofrecernos un último y elocuente testimonio. 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 affirmed 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 » <sup>(93)</sup>.

¿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. Enton-

<sup>(92)</sup> B. CLAVERO, *Diritto della società internazionale*, Milán 1995.

<sup>(93)</sup> 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.

ces, 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. Igual antes ya recordamos que *lawyer* resulta más bien *jurista* y no algo así como *legista*.

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 redundancia, 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 sí ha de transportarse con responsabilidad y concudirse 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 *sociedad democrática* o a la *democracia* sin más; o que nos dejáramos extraviar por el *droit administratif* ni por el *selfgovernment* que se sitúa en el mismo terreno administrativo.

¿Se me escapa alguno de los tópicos que han ido apareciendo? Repaso y veo que me olvidaba del *stare decisis* o atenuamiento de la propia justicia a las decisiones judiciales, motivo que pudiera finalmente resultar, no *imperio de la justicia*, sino *imperio de tribunal*, de alguno solo. Bien está que digamos que hay que pensar en ir abandonando toda una tópica, solo esto, 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 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 acceptation*, 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 <sup>(94)</sup>. Realidad, la lengua la tiene propia y es así interactiva. He ahí una servidumbre, pero también una consistencia. La historiografía puede estar ya al tanto de esta entidad actualmente social y virtualmente jurídica de la lengua <sup>(95)</sup>.

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

---

<sup>(94)</sup> 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 or language in general*, cap. 2: *Of the signification of words*.

<sup>(95)</sup> Dominick LACAPRA y Steven L. KAPLAN (curadores), *Modern European Intellectual History: Reappraisals and new perspectives*, Ithaca 1982; Anthony PAGDEN (curador), *The Language of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge 1987; Ian MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance: The case of law*, Cambridge 1992.

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 se dirigen sin recato a la restauración de unos conceptos constitucionalmente periclitados y jurídicamente resistentes, aquellos precisamente que introducen todas las confusiones y provocan todas las interferencias entre *rule of law* y sus traducciones, sean *de ley*, sean *de derecho*, aquellos así que estorban, cuando 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 tópica 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 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* <sup>(96)</sup>.

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 generado y pueda así arrastrar absolutismo <sup>(97)</sup>. Ha hecho suya, para que sea 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.*

---

<sup>(96)</sup> Umberto ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna 1989; 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.

<sup>(97)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Laudatio*, en P. GROSSI, *Discurso de investidura de doctor « honoris causa »*, Madrid 1994, pp. 7-20, y su doble lectura, para diversos públicos, del *Ordine giuridico medievale* del mismo doctorando, Bari 1995, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, 1139-1145, y en *Saber Leer. Revista crítica de libros*, 94, abril de 1996, pp. 1-2. Escribe en estas últimas páginas, las más recientes, de publicación póstuma: « Grossi contrapone con frecuencia la tarea de aquellos intérpretes con la de los juristas recientes o actuales de un sistema jurídico que los reduce a la función de meros repetidores de la letra de la ley, de simples exégetas. Grossi valora negativamente (¿quizá en exceso?) la época de lo que él ha denominado con expresión feliz y ya clásica el *absolutismo jurídico*, dominado por un Estado creador único de Derecho a través de una fuente casi única que es la ley ». Y dijo en la *Laudatio*, p. 14: « No estoy seguro de que el absolutismo jurídico esté muerto. Desde que se advierten las contradicciones, limitaciones y miserias de un sistema hasta que se entierra su cadáver pueden pasar algunas décadas ».