

RULE OF LAW Y ESTADO DE DERECHO (UNA REFLEXIÓN DESDE LA UNIÓN EUROPEA) ¹

Antonio Carlos Pereira Menaut

1

Aunque muchas personas consideran ambas denominaciones ² como equivalentes, están lejos de serlo. Y no se trata de una dificultad lingüística sino de visiones jurídicas y constitucionales radicalmente diferentes.

Dentro del gran capítulo constitucional formado por el Imperio del Derecho o Estado de Derecho ³ suele admitirse la distinción entre *Rule of Law* y *Régime Administratif* aunque hoy estén ambos notablemente

¹ Conferencia dictada en el curso Programa de Doctorado de la Universidad Panamericana en junio de 1999. Se han añadido notas al pie y bibliografía.

Doy las gracias al maestro compostelano Álvaro d'Ors por haberme insistido en la necesidad de distinguir estos dos conceptos.

² *Rule of Law* significa literalmente «regla del Derecho», pero también «supremacía del Derecho» o «gobierno conforme al Derecho»; a falta de algo mejor se puede traducir por «Imperio del Derecho». Con todo, para evitar confusiones, en esta ocasión no lo traduciremos. La expresión tiene poco más de cien años (DICEY); la idea de la sumisión de gobernantes y gobernados a un derecho común a todos tiene su origen en la Edad Media (*Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*) y puede verse con bastante claridad en el *Segundo Tratado* de Locke. Rechtsstaat, «Estado de Derecho», fue la contribución alemana a la superación del absolutismo y expresa, más que la sumisión al Derecho, la regularidad e institucionalización del Estado, que ya no gira sólo en torno a la persona del príncipe.

³ «Imperio del Derecho» es una expresión que ha penetrado mucho menos que «Estado de Derecho» pero tiene las ventajas de subrayar la sumisión del poder al Derecho y de no implicar la previa existencia de un Estado. No se debe asociar con el *imperium* romano. El genérico Imperio del Derecho, de esta manera, cubriría tres modalidades: la *Rule of Law*, el Estado de Derecho y el Régimen Administrativo, si bien el último no sería, en su origen, una forma de sumisión del poder al Derecho sino más bien la negación.

evolucionados y se pueda hablar, desde hace tiempo, de un Derecho administrativo inglés. En cambio, no suele reconocerse diferencia alguna digna de mención entre el primero y el Estado de Derecho, como si no fuera más que una manera inglesa de designar de una forma diferente lo que los demás llamamos de otra manera. Incluso hay autores que dicen expresamente que es lo mismo con distintas palabras. Acercando la lupa, lo más que se concede es la consabida diferencia genérica, tan corriente en el mundo jurídico, entre lo inglés y lo europeo continental e hispanoamericano.

El propósito de esta breve intervención mía es someter a consideración de ustedes que la *Rule of Law* es distinto no sólo del Régimen Administrativo sino también del *Rechtsstaat*.

Hay que admitir que la diferencia entre *Rule of Law* y Estado de Derecho no es hoy tan grande, comparando, por ejemplo a Inglaterra y Estados Unidos con Alemania, pero en el origen histórico y en el terreno conceptual, sigue siendo notable. En nuestros días las diferencias son menores porque, por un lado, todos somos más judicialistas, como lo es, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán de Karlsruhe, y, por otro lado, en los países de la *Rule of Law* se ha producido una reducción del peso de sus contenidos historicistas o iusnaturalistas y una expansión del Derecho que no es de *Common Law* (el *Statute Law* o Derecho legislado) tanto en Inglaterra como en Estados Unidos.

Aun así, sigue siendo cierto que *Rule of Law* y el *Common Law* retienen la aceptación de un cuerpo jurídico anterior y exterior al Estado o al titular actual del poder legislativo. También retienen la *natural justice*, si bien algunos replicarán que se ha convertido en algo meramente procesal, y el *fair play*. Conservan también la importancia de lo razonable, si bien algunos replicarán que los principios de la razonabilidad ya han sido admitidos y desarrollados, con ése o con otro nombre, en la jurisprudencia y la doctrina científica de otros países. No es ocioso notar que estas aproximaciones lo son más del Estado de Derecho hacia *Rule of Law* que al contrario, como lo es también la tendencia a desarrollar un Derecho del caso y de principios, que puede

observarse en el Derecho público francés y en el nuevo Derecho de la Unión Europea. Al mismo tiempo, no puede negarse que la *Rule of Law* se ha acercado también al modelo contrario en distintos aspectos, notablemente subrayados por los autores continentales contrarios a la distinción que aquí se hace.

Aparte de que las diferencias históricas y conceptuales justificarían por sí solas que les dedicáramos nuestra atención, sobreviven aspectos en los que ambas figuras no coinciden. Comenzaremos esta reflexión que someto a la consideración de ustedes por uno de ellos, no el más notado pero sí uno de los que se conservan más visibles.

2

En 1997 falleció la princesa Diana de Gales, en París, cuando su automóvil se estrelló a gran velocidad intentando huir de la indiscreción de los reporteros gráficos. Se originó entonces un debate sobre cómo proteger la intimidad de las personas públicas. Muchos decían que hacía falta una ley más dura y una regulación que no dejase fisuras a los periodistas desaprensivos. Sin embargo, en Inglaterra, Lord Wakeham, presidente de la Press Complaints Commission, defendió otra solución, pues en Francia, donde la princesa falleció, existía ya una ley muy estricta. La solución, según él, está en la autolimitación de la prensa y en llegar a un acuerdo con periodistas y fotógrafos para no invadir la intimidad de personajes públicos como la desaparecida princesa y sus hijos ⁴. Lord Wakeham dijo que el actual sistema británico, basado en la autorregulación de la prensa y la tramitación por la citada Comisión de las quejas que se planteen ⁵, es rápido y gratuito y funciona bien, y que, si se dictara una ley, en la práctica se privaría al ciudadano medio de la posibilidad real de defenderse, porque tendría que acudir a la justicia, cara y más lenta.

⁴ *The Times*, 10-IX-1997, p. 7. Respecto de los hijos, el pacto de mantenerlos al abrigo de la indiscreción periodística hasta que salgan de la universidad ya existía y ha venido funcionando con éxito.

⁵ Esa Comisión no es un tribunal de justicia ni está formada por jueces.

Éste es un caso en el que puede apreciarse cómo el *Rule of Law* se distingue del *Rechtsstaat*. La primera no lleva al extremo la regulación legal de todo ni la perseguibilidad de toda queja ante los tribunales de justicia. *Rule of Law* se fija más en obtener buenos resultados reales, si bien para ello depende de que no sólo los tribunales sino también la prensa (en ese ejemplo), actúen conforme a Derecho y cumplan la parte que les corresponda. En España, el Estado de Derecho después de 1978 tiende a no dejar zonas impenetrables al escrutinio jurisdiccional: la teoría es defendible; la práctica da lugar a que todo se legisle. Y si todo se legisla, todo puede ser llevado ante los jueces, desde la provisión de una cátedra universitaria hasta la permanencia de un equipo de fútbol en primera división, pasando por las decisiones de la administración penitenciaria sobre disfrute de permisos por los reclusos ⁶. Así, el Estado de Derecho, al no dejar áreas exentas de este tipo de control, termina por judicializar todo, queriéndolo o sin quererlo, por legalista que fuera su origen. Cuando eso se extiende a la política los efectos son negativos: la máxima judicialización de la política produce la politización de la justicia y puede acarrear el efecto no buscado de la irresponsabilidad política de los políticos. Éstos, alegando que los conflictos están *sub iudice*, se sustraen a la responsabilidad parlamentaria ⁷. La experiencia muestra que este fenómeno también es negativo para los jueces, a los cuales se arrojan los casos difíciles políticos ⁸, con lo que se convierten en blanco de la

⁶ En España, en el verano de 1998, al concederse un permiso al famoso recluso Mario Conde, el Presidente de las Cortes Generales, como otras personas, sostuvo que esa competencia debía trasladarse a los tribunales. En este caso concreto, la judicialización tiene cierto fundamento porque compete a los jueces juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), y además porque la administración penitenciaria no puede desvirtuar *de facto* las sentencias, como si fuera un contrapoder judicial. Pero tampoco tiene sentido hacer intervenir a los jueces en todo permiso mínimamente discutible que se conceda a un recluso. La lucha contra las áreas de actividad administrativa exentas del control jurisdiccional fue uno de los grandes temas constitucionales a partir de 1978, y todos reconocen que dio lugar a un progreso innegable en ese sentido. Ahora se trataría de corregir la excesiva judicialización.

⁷ Ésta era poco menos que doctrina oficial del gobierno socialista de Felipe González, en España, entre 1982 y 1996.

⁸ Por ejemplo, el procesamiento del ex ministro español Barrionuevo en 1998 por las actividades ilegales de los GAL (grupos armados creados desde el Gobierno, al parecer) en la lucha contra ETA.

acusación de carencia de legitimidad para resolver cuestiones políticas y de activismo judicial excesivo. También es inevitable que los medios de comunicación intervengan: sumando todo ello a la intervención de los políticos, se puede dar lugar a una presión muy incómoda para un poder pasivo y en cierto modo débil como es el judicial ⁹. Y no hay que descartar que haya jueces que, con diversas argumentaciones, decidan dar curso a sus propias ideologías.

3

Efectivamente, aunque la *Rule of Law* y el *Rechtsstaat* comparten la idea general de la actuación de la potestad política conforme a Derecho, examinados más de cerca muestran grandes diferencias, cuya raíz está en lo que se entiende por «Estado» y por «Derecho» en cada caso. Veámoslo.

En primer lugar, *Rule of Law* tiene una concepción más pluralista del Derecho, que comprende *Common Law*, jurisprudencia, leyes, principios de justicia natural, equidad y libros de autoridades ¹⁰. El Estado de Derecho identifica Derecho con ley escrita ¹¹ y hace hincapié en el principio de legalidad. En cambio, si consultamos un diccionario jurídico de un país de *Common Law* es posible que el principio de legalidad no figure, o figure sólo como una cuestión de Derecho Penal.

En segundo lugar, en *Rule of Law* se presupone el Derecho; en el *Rechtsstaat* se presuponen el Estado, la soberanía y la concepción del Derecho como norma escrita.

⁹ Recordaremos que el judicial no es un poder en el mismo sentido que los otros dos y no es adecuado para resolver conflictos políticos. En el fondo, sólo está cómodo cuando adjudica entre iguales y, mejor aun, entre particulares.

¹⁰ El *Rule of Law* fue un producto específico del *Common Law*.

¹¹ La Constitución alemana de 1949, y tras ella la española de 1978, abren la puerta a una distinción entre ley y Derecho y a una sumisión general al segundo. Pero puede objetarse que, en nuestros días, para la opinión dominante española no cabría un Derecho que no fuera reconducible, directa o indirectamente, a la misma Constitución.

En la tradición jurídica de *Common Law* la potestad política no monopoliza la producción del Derecho; en la tradición estatista, sí.

Cuarto, en el *Rule of Law* la sumisión del poder al Derecho es judicista por principio —en ese sentido es más personal—; en el Estado de Derecho es legalista —más impersonal—, se basa más en el imperio de la ley escrita ¹² concebida como manifestación política de la voluntad general, y en el principio de legalidad. A pesar de su legalismo oficial, la relación del Estado de Derecho con el judicialismo es contradictoria: como en la práctica ninguna ley se interpreta sola, al final la decisión viene también a reposar sobre los intérpretes. De hecho, cada paso en la expansión del Estado de Derecho ha supuesto una nueva ampliación del campo del control jurisdiccional. A pesar de ello, el Estado de Derecho no deja de acariciar la teoría, nunca llevada enteramente a la práctica en ningún país, de que las leyes son autosuficientes, el Derecho es una ciencia y los jueces meros aplicadores ¹³. La experiencia, en cambio, muestra que cuanto más extensa sea la regulación legal, más cauces se abrirán a la litigación, más normas tendrán los litigantes a su disposición, más conflictos entre leyes habrá y más se necesitará la intervención del intérprete judicial.

En quinto lugar, la *Rule of Law* tiene un contenido de derechos innatos, los *birthrights*; el *Rechtsstaat* concibe los derechos como posteriores al Estado y a su legislación. Para el *Rechtsstaat* de los tratadistas alemanes del siglo XIX las limitaciones son autolimitaciones del Estado; para la *Rule of Law* las limitaciones son extrínsecas (derechos innatos, justicia natural, judicatura independiente, existencia de un Derecho histórico anterior y exterior al positivo). El Estado de Derecho crea un

¹² «“Estado regido por leyes, no por Constitución”, dice Clavero» (p. 205) a propósito de Alcalá Galiano, *Lecciones de Derecho Político*, 1843. Y en 1963 el autor belga R. Wilkin hablaba de «dominio de la ley, incluso anticonstitucional» (voz «Pouvoirs», en *Dictionnaire du Droit Public*, Bruselas, 1963 cit. por Clavero, 186). Este legalismo no impide que, al final, en España como en otros estados, hayamos venido a parar al nuevo judicialismo *sui generis* de los tribunales constitucionales. Así como el legalismo dio lugar, hace doscientos años, al nuevo judicialismo de las cortes de casación, así ahora el constitucionalismo normativista da lugar al judicialismo de los tribunales constitucionales. Lo que es más: el positivismo legalista está desembocando en un nuevo positivismo, el de las sentencias constitucionales. En ambos casos, las paradojas lo son sólo en apariencia: después de lo ocurrido con la casación, no deberíamos esperar otra cosa.

¹³ Por cierto que si el Derecho fuera una ciencia y su aplicación fuera automática, también sobraría el jurado.

sistema racional e institucionalizado de normas, y después admite actuar conforme a él.

Por otra parte, el Estado de Derecho también puede ser considerado como una actuación, a menudo positiva, del Estado; por eso se puede hablar del Estado de Derecho Social y Democrático. La *Rule of Law* pone su énfasis en la sumisión del poder al Derecho, por eso no tendría sentido un *Social and Democratic Rule of Law*, sino un gobierno que, aparte de someterse al *Rule of Law*, ponga en práctica el *Welfare State*.

Y la última diferencia importante es que se puede hablar de una *Rule of Law* internacional ¹⁴, pero nunca de un Estado de Derecho internacional o supra-estatal. Como el primero no tiene que ver con los conceptos de Estado y soberanía no tiene inconveniente en superar las fronteras y adaptarse a un mundo sin estados y sin soberanía.

4

Para terminar señalaremos un interesante desarrollo que está teniendo lugar en nuestros días. Como los poderes de la Unión Europea están creciendo, tienen que sujetarse a Derecho. Pero como la Unión no es ni va a ser un Estado, no se puede hablar de «Estado de Derecho comunitario europeo». Así, se hacen florituras lingüísticas como «Comunidad de Derecho» y otras denominaciones dudosas. Aparte del problema del nombre, que no es baladí, hay que notar que este nuevo fenómeno parece estar más cerca de la *Rule of Law* por tres razones al menos. La primera, porque al no ser un Estado, no es anterior al Derecho (por el contrario, la Unión admite abiertamente la tradición jurídica, los derechos humanos y los principios jurídicos anteriores), la segunda, que es un Derecho pluralista (contiene principios y jurisprudencia en abundancia), la tercera, que

¹⁴ Dejamos de lado que sea fácil o difícil ponerlo en práctica. La idea dista de ser nueva, cf. Marsh, «The Rule of Law as a supra-national concept» en Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe un tribunal penal internacional en La Haya, que está ahora juzgando crímenes relacionados con los conflictos de la antigua Yugoslavia. Últimamente diversas personalidades, incluyendo el Papa, se han mostrado favorables a un tribunal internacional estable. Otros desarrollos puntuales de esta internacionalización que ya ha comenzado son sobradamente conocidos en Hispanoamérica y en España.

es una forma de sumisión al Derecho abiertamente judicialista (protagonizada por jueces, incluso con excesivo activismo judicial).

Y, en fin, para terminar diremos que, nuestros dos conceptos responden a distintas visiones del Derecho, del Estado y del binomio *authoritas-potestas*, y que ello no debe pasarse por alto. Curiosamente, más útil para el siglo XXI parece viejo la *Rule of Law* que el moderno Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Para discutir la distinción entre *Rule of Law* y Estado de Derecho, la bibliografía disponible es poca, y más aún la que escapa a la general confusión. Aquí mencionaremos sólo la que sigue:

Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997. (Explora incisivamente la distinción.)

Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Colex, 1997, 4a ed.

— *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.

Vid. además la voz «*Rule of Law*» en los siguientes diccionarios:

Blackwell Encyclopaedia of Political Thought, Oxford, Blackwell, 1987, y la bibliografía citada allí.

A Concise Dictionary of Law, Oxford, OUP, 1990 (como buen libro inglés, dice poco sobre este tema).

— Robertson D., *Penguin Dictionary of Politics*, Londres, Penguin (puede decirse lo mismo).

— Walker, D., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, OUP, 1980. (Demasiado pesimista y referido al momento en que los sindicatos dominaban la escena pública británica.)