

CAPÍTULO OCTAVO

EL *RULE OF LAW*

I. INTRODUCCIÓN: EL *RULE OF LAW* Y EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Rule of law es una expresión difícil de traducir fielmente. *Rule* viene del latín *regula*, pero significa muchas más cosas que “regla” en español actual. *Law*, en cambio, parece proceder de una vieja palabra nórdica que designaba “algo decidido”, “estatuido” o “fijado”.¹²⁴ Como decíamos en el capítulo primero, significa “derecho”, en general, no sólo “derecho legislado”, entre otras razones porque éste fue escaso en Inglaterra hasta no hace mucho tiempo. La idea del *rule of law* es fácil de captar: presupone un universo regido por el derecho, y quiere decir que el derecho debe ser quien impere y los que rigen la comunidad política deben actuar conforme a él; que el derecho se aplique por igual a todos, a los gobernantes como a los gobernados. Por eso, “imperio del derecho”, aunque nada literal, parece ser una de las traducciones menos malas de *rule of law*.¹²⁵ Es una de las grandes aportaciones inglesas al derecho constitucional.

La idea de someter el poder al derecho no fue invención inglesa, pues, dejando aparte los precedentes griegos y romanos, era común a toda la *universitas christiana* medieval. Tiene un presupuesto: que el mundo está regido por un orden, por una gran ley o conjunto de leyes, que tiene un sentido, y que, por tanto, el voluntarismo, el arbitrio o el capricho no deben ser el principio del gobierno. La afirmación de la idea, que entonces no era nueva, debió de producirse con motivo de la especie de revolución jurídica que hubo en torno al siglo XIII. En España apareció pronto, formando después parte del bagaje de la escuela de teólogos y juristas del siglo de oro. Incluso Bodino admitía que el soberano no estaba

¹²⁴ Cfr. *Oxford English Dictionary*, “law”).

¹²⁵ Cfr. la expresión “soberanía del derecho” usada en la versión española de Jennings, *El régimen político de la Gran Bretaña*, cit.

por encima de todas las leyes. No obstante, sólo en Inglaterra aguantó el embate del absolutismo, e incluso resultó fortalecida. Después pasó a otros países, de tal modo que se puede decir que el actual imperio del derecho —llamado en los países legalistas, con poca propiedad, “Estado de derecho”—, parte esencial de las Constituciones modernas, trae su origen del constitucionalismo histórico inglés. Decimos que es parte esencial del constitucionalismo porque, idealmente, sólo existiría derecho constitucional cuando los conflictos se resolvieran sobre la base de la igualdad de las partes, ante un juez imparcial, que aplicase reglas no dictadas por ninguno de los litigantes.

Como se sabe, el *rule of law*, tal como fue proclamado por Dicey hace un siglo, consiste en la igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder público, a un único derecho, aplicado por jueces ordinarios, y que está sobre todos. Podría sintetizarse con la frase: “un sólo juez, un sólo derecho, igual para el poder público que para el ciudadano”. Recordaremos que ese derecho, *the law of the land* (“el derecho del país”), es una noción menos positivista que la nuestra, compuesta por la legislación del Parlamento, la jurisprudencia, el *common law* y alguna otra fuente más. Tan poco legalista era esa noción que en el *Oxford English Dictionary* aparece *law of the land* significando “costumbre del país”.¹²⁶ Considerado como modelo teórico, y dentro de la clasificación que distingue las modalidades de sumisión del poder al derecho por áreas geográficas o concepciones jurídicas, el *rule of law* se opone a otro tipo ideal, el régimen administrativo francés, que también se ha apartado mucho de sus orígenes (absolutistas en este caso).

Desde nuestro punto de vista, que es el constitucional, el imperio del derecho, cualquiera que sea su modalidad, importa sobre todo para los grandes principios constitucionales —derechos y libertades, igualdad, etcétera—, pero no podemos olvidar que, ordinariamente, la gente tiene que enfrentarse, más que con las altas libertades constitucionales, como disfrutar del *habeas corpus* o fundar un nuevo partido político, con las aplicaciones administrativas, como multas y licencias. El interés de esta distinción reside en que, en diversos países democráticos, hubo durante mucho tiempo un divorcio entre un derecho constitucional liberal y un derecho administrativo que continuaba reflejando sus orígenes absolutistas. Así ocurrió en Francia hasta bien entrado este siglo, mientras que en

¹²⁶ Cfr. *Oxford English Dictionary*, acepción decimocuarta de “law”.

el Reino Unido, donde *ex definitione* no era así, el *rule of law* pasó, hace unos cuarenta años, por una notable crisis, que venía a producir, al final, similares malos resultados.

De esta manera, y al igual que otros aspectos de esta Constitución, el *rule of law* hoy ya no está como en la época clásica. Pero tampoco se debe pensar que antes de la Segunda Guerra Mundial, ni siquiera cuando Dicey escribía, el *rule of law* fuera una encarnación pura de las teorías diceyanas expuestas en el famoso *The Law of the Constitution*. Como veremos, la unidad de jurisdicción nunca ha sido absoluta, y la posición de la Corona en los litigios frente a particulares conservaba ciertas inmunidades y privilegios, poco acordes con el imperio del derecho, que eran resultado de aplicar con criterios latos la *praerogativa regis* y los principios “el rey no puede ser demandado ante sus propios jueces”, “la Corona no puede quedar vinculada por sus propias leyes”, y “the King can do no wrong”, principios que han demostrado mucha persistencia.

Curiosamente, aunque todavía queden restos, “por lo que se refiere a la litigación, la Corona está *ahora* mucho más cerca de la posición de un contratante privado, un empleador privado o un ocupante particular de un local que antes de 1947”.¹²⁷ Ese cambio se debió a la actitud de los jueces, en la que nos detendremos más adelante, y a la *Crown Proceedings Act* de 1947. Hasta esa ley, no se podían interponer contra la Corona *actions in tort*, ni siquiera *actions in contract*, a menos que la propia Corona accediese; así que para solucionar los consiguientes problemas había que acudir a curiosas ficciones. Las propias palabras “privilegio de la Corona” eran antes aceptadas por los jueces sin gran discusión, pero en un caso de 1968, y en otros posteriores, la Cámara de los Lores decidió que los tribunales pueden rechazar la alegación de privilegio de la Corona, y exigir la exhibición de documentos oficiales: casos *Conway vs. Rimmer*, 1968; *R. vs. Lewes J. J. ex parte Secretary of State for Home Department*, 1973. Ahora, los jueces pueden ordenar a la Corona que entregue documentos oficiales relevantes para un litigio, aunque el gobierno retiene la posibilidad de oponerse si lo estima necesario para el interés público o la seguridad nacional, y por cierto que Mrs. Thatcher parece haber interpretado generosamente esa posibilidad.

Debe recordarse que, en otras monarquías constitucionales, la Corona, como poder neutro, está muy separada del Ejecutivo, por lo cual los

¹²⁷ Yardley, David, *Introduction to British Constitutional Law*, cit., 1990, p. 149, el resaltado es nuestro.

gobiernos se benefician poco o nada de la inmunidad e irresponsabilidad de que pueda gozar la monarquía respectiva, pero en el Reino Unido, aunque la reina forma parte también del Legislativo —*the Queen in Parliament*— y es la cabeza del Poder Judicial —*the Queen in her Court, the Fountain of Justice*—, se le considera ordinariamente dentro del Ejecutivo, así que sus privilegios e inmunidades pueden ser desviados hacia el gobierno y la administración.

El *rule of law*, como otras instituciones inglesas luego convertidas en modelos universales, es muy conocido, lo cual nos dispensa ahora de una descripción pormenorizada. Para nuestro presente propósito bastará recordar que, aunque originariamente se enfrentaba al régimen administrativo francés, el tiempo ha ido limando aquella oposición tan visible hace un siglo. El *rule of law* ha experimentado cambios notables a lo largo de su trayectoria, y no puede ser de otra manera cuando estamos ante una institución viva.

Su formulación clásica la hizo Dicey hace cien años, pero, obviamente, él no lo creó. En realidad, como pasa siempre, cuando Dicey acuñaba el modelo teórico, las transformaciones ya habían comenzado; si bien los cambios importantes sólo se notaron después de 1945. El imperio del derecho acusó el embate del activismo estatal, de los parlamentos que abdicaban de su deber de control y que delegaban poderes a los gobiernos sin mucha dificultad. Las dichas delegaciones, más el abuso de la *prae-rogativa regis*, más los privilegios de los sindicatos estaban provocando la aparición de zonas de actividad pública —no sólo estatal— exentas de control judicial (y parlamentario, naturalmente). Los jueces tardaban en reaccionar, al encontrarse con que tenían que hacer un control que en el siglo XIX, si era necesario, lo hacían unos parlamentos que nunca habían estado tan “orgánicamente soldados” a los gobiernos. Lo que es más llamativo, aunque no lo más importante: los tribunales administrativos especiales, a veces no sujetos a revisión judicial por los ordinarios, proliferaban. La ausencia de derecho administrativo, orgullo del viejo *rule of law*, casi resultaba en desprotección del ciudadano; justo al mismo tiempo que aumentaba el control de la administración en otros países, incluida España, por medio de las grandes leyes administrativas de los años cincuenta.

Después del Informe Franks de 1957, las cosas empezaron a cambiar. En los años sesenta y setenta los jueces reaccionaron con una serie de sentencias ya clásicas: Conway (1968), Padfield (1968), Anisminic (1969),

Congreve (1976), Laker Airways (1977), Tameside (1977), y otras que más de una vez serán citadas aquí. La sentencia Conway significó una limitación del privilegio de la Corona; las sentencias Padfield, Congreve y Tameside recortaron o negaron la discrecionalidad ministerial, y en el caso Anisminic se negó indirectamente, al propio Parlamento soberano, la posibilidad de crear ámbitos exentos de la intervención judicial, lo cual fue una novedad importante. Pero de los cambios producidos y las subsiguientes reacciones nos ocuparemos en breve.

II. EL *RULE OF LAW* Y EL *WELFARE STATE*

Otro esquema usual entre nosotros, ahora cronológico, distingue el Estado de derecho liberal o Estado de derecho a secas, que tenía claros defectos (desventajosa posición de los pobres, lentitud, inadecuación a las intervenciones económicas y sociales del gobierno), y más tarde el *welfare State*, Estado de bienestar, Estado providencia o social. Es fácil suponer en qué lugar había de colocarse, en principio, el imperio del derecho inglés, de origen jurídico-privado y medieval.

Diversos autores, sobre todo continentales, parecen suponer que el Estado de derecho se perfecciona cuando llega a la última de esas etapas, abandona su originario carácter negativo —limitar al poder— y asume un planteamiento positivo —combatir las desigualdades sociales, atacarlas en su raíz, e incluso conformar la sociedad toda—. Esta modalidad de Estado de derecho también recibe críticas: mezclar lo jurídico con lo político o económico, confundir los derechos de los ciudadanos con las prestaciones del Estado, obligar a los jueces a un activismo impropio de un oficio relativamente pasivo y neutro y, sobre todo, abandonar la misión original de someter el gobierno al derecho. Las Constituciones de Italia, Alemania, Portugal y España acogen, con variantes, este tipo de Estado de derecho.

¿Qué evolución ha experimentado el imperio del derecho inglés? ¿Se ha convertido en un “imperio del derecho social y democrático”, por así decirlo? La industrialización comenzó en el Reino Unido, por lo cual el derecho inglés fue el primero que tuvo que hacer frente a las nuevas situaciones, y ese país fue pionero en la implantación de una seguridad social universal y del Estado de bienestar; para no recordar las hipertrofias, dudosamente constitucionales, de los sindicatos. La respuesta es

que, desde luego, la Constitución británica ha acusado el impacto de los tiempos modernos, pero no por ello ha convertido el *rule of law*, más bien limitativo, en un Estado social positivo, promotor de la acción gubernamental. Ciertamente que el Estado de bienestar, con su desafortado intervencionismo, ha planteado un desafío para el *rule of law*, como ha ocurrido en todos los países donde el imperio del derecho liberal tuvo que hacer frente al moderno activismo estatal.

Pero vale la pena subrayar la diferencia en las respuestas: en nuestros países, el problema se ha intentado resolver sumando lo segundo a lo primero, tratando de casar agua con aceite, y elaborando la teoría de que el Estado de derecho clásico llega a perfeccionarse sólo cuando se le añade la dimensión del intervencionismo social. Así se refleja en la denominación “Estado social y democrático de derecho” (artículo 1.1 de la Constitución Española, por ejemplo). En Gran Bretaña, la respuesta fue la proliferación de tribunales administrativos y los permisos, demasiado amplios, del Legislativo al Ejecutivo para llevar a cabo sus actuaciones; una respuesta, como se ve, que quizá no haya sido la mejor, de hecho, dio lugar a una situación que hubo de ser corregida después—; pero, en todo caso, mantuvo la diferencia entre la sujeción del poder al derecho y la prestación gubernamental de servicios económicos y sociales.

La verdad, como puede deducirse tras doce años de democracia en España, lo único constitucionalmente cierto, según señalaba el profesor alemán Forsthoff con términos continentales, es el clásico Estado de derecho, cuyo contenido e implicaciones jurídicas son claras, mientras que las dimensiones sociales y democráticas del citado artículo 1.1 de la Constitución Española pertenecerían al reino de los programas políticos. En resumen, el *welfare State* nació en el Reino Unido y allí ha crecido mucho, más que en la mayoría de los países, pero no como desenvolvimiento natural del *rule of law*. Por el contrario, el caso británico es ejemplo de cómo el imperio del derecho puede resultar afectado por un Estado providencial muy activo.

III. EL *RULE OF LAW* Y EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLÉS

¿En qué consiste el imperio del derecho o Estado de derecho? A esta pregunta un ciudadano de un país continental respondería seguramente, sobre todo si vive bajo un sistema jurídico de inspiración kelseniana, que

consiste en algo así como en que los órganos del Estado se sometan a unas leyes, dictadas por el mismo Estado, coronadas por un documento constitucional, al cual ellas se han de ajustar a su vez. Si el interrogado es español, posiblemente añada que se trata de una cosa reciente, posterior a la muerte del general Franco, y que el documento constitucional que preside el edificio es aplicado por un tribunal constitucional, que algunos dicen que está influenciado por el propio gobierno.

Uno puede sentirse tentado a pensar que el *rule of law* es, más o menos, la versión británica de lo mismo, si acaso sazonada con algún toque de excentricidad, de remoto origen histórico, pero no. En el caso inglés es todo diferente: no hay un tribunal constitucional ni órgano similar, ni una constitución escrita que vincule a las leyes inferiores, ni hay unas leyes inferiores a otras, ni se trata de someterse sólo a la ley escrita. El imperio del derecho inglés no es el resultado de un movimiento político ni de un documento constitucional, reciente ni pasado, es un ideal de sumisión del poder al derecho que está incorporado a las costumbres y tradiciones constitucionales. Como dice Yardley, jugando con las palabras *rule* y *law*, “no es una regla ni es una ley”.¹²⁸ Lo que es más importante: tampoco se entiende por derecho exactamente lo mismo.

¿Cómo es ese derecho al que ha de someterse el poder? Entre nosotros, aunque seamos los herederos naturales de la tradición jurídica romana, el derecho aparece como algo altamente tecnificado y legalizado, alejado del común sentido de justicia del hombre medio; como si tuviera poco que ver con lo que al hombre corriente pueda parecer razonable, justo o equitativo. Veamos, por contraste, lo que decía Jennings al describir el *rule of law*:

Si en un Estado policia el derecho es un instrumento de control gubernamental, en Inglaterra, más que en cualquier otro lugar, el derecho está integrado en la convención social, por ello ha crecido con la gente... dentro de sus costumbres.

Sólo el abogado profesional pretenderá conocer qué es el derecho, pero todo el mundo sabe lo que está bien y mal, y esta vaga concepción no está muy lejos de una generalización popular del derecho.

Volvemos a encontrar la diferencia entre los sistemas jurídicos abiertos, pluralistas y judicialistas, por un lado, y los cerrados, monistas y legalistas, por el otro; aunque es cierto que el derecho legislado está cre-

¹²⁸ Yardley, David, *Introduction to British Constitutional Law*, cit., p. 78.

ciendo en todos.¹²⁹ El derecho inglés parece un repertorio de soluciones prudenciales para resolver conflictos, no todas procedentes de una única fuente; inspiradas no sólo en la ley y en los precedentes jurisprudenciales, sino también en criterios de justicia natural, equidad y juego limpio. En comparación con el continental, el derecho inglés se basa más en el sentido común y en lo razonable. *Prima facie* parece ofrecer más garantía, mientras los jueces no sean corruptos, que un Estado de derecho basado en leyes y reglamentos, siempre más controlables que el *common law* o la *natural justice*. Para el poder, siempre será más fácil de controlar un derecho producido a través de un número de fuentes pequeño, o en todo caso cerrado, porque permite que un sólo órgano —legislador, tribunal constitucional o supremo, ¿o quizá el gobierno moviendo los hilos por detrás?— pueda llegar a convertirse en señor del derecho y todas sus fuentes productivas.

En contra, podría replicarse que tanto el *common law* como la justicia natural no son cosas absolutamente indeterminadas ni susceptibles de cualquier interpretación ni aptas para fundamentar cualquier argumento de abogado o sentencia de juez; al contrario, están concretados en las clásicas máximas *audi alteram partem*, *nemo iudex in causa sua* y otras similares, como las de lo razonable y del juego limpio; así que la objeción es cierta si quiere decir que las fuentes de ese derecho, que ha de frenar al poder, no son indefinidas ni se reducen a una abstracta preeminencia de “lo justo”. No obstante, todavía hay diferencia entre el Estado de derecho reglamentista y el imperio de un derecho que acoja fuentes como éstas, por mucho que la costumbre y la jurisprudencia hayan ido concretándolas.

Un ejemplo lo proporcionan los propios tribunales administrativos, que ahora abundan en el Reino Unido a pesar de las teorías de Dicey. Tratándose de unos tribunales especiales nacidos para hacer justicia rápida y barata en materias nuevas, poco reguladas por el derecho tradicional, se podría esperar que aplicaran la tal legislación especial, usualmente administrativa o social, con un espíritu ordenancista. Pues bien, en vez de eso,

tan importantes han llegado a ser las reglas de justicia natural desde *Ridge v. Baldwin* [un litigio de 1964] que se han convertido, virtualmente, en el primer test del adecuado procedimiento administrativo. Ellas son recorda-

¹²⁹ Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit.

torios prácticos de ese concepto un tanto abstracto que es el imperio del derecho. Especialmente ocurre así con la regla *audi alteram partem*.¹³⁰

El derecho inglés refleja confianza en el hombre corriente, “the man in the Clapham omnibus” (un estándar desarrollado por el *common law*), en el sentido común y la moralidad del ciudadano medio, y, más aún, del juez. Es muy democrático en ese sentido, un tanto chestertoniano, no porque se halle el promedio estadístico de las opiniones de los ciudadanos, sino porque el derecho inglés ha ido desarrollando un estándar que es ese, el hombre razonable, el pasajero ordinario del autobús que va a Clapham (una zona de Londres), o, como le gustaba decir al conocido juez lord Devlin, “the man in the jury box”, o sea, el miembro corriente de un jurado. Lord Devlin, en su provocativo *The Enforcement of Morals*, insiste en ese punto, aclarando que razonable es el hombre sensato, juicioso, honrado; no el filósofo racionalista ni el profesor de ética (lord Devlin, 15, 17, 90).

Al final, uno tiene la impresión de que el *rule of law* y toda la fábrica del constitucionalismo inglés reposan sobre el fundamento de lo razonable y la *reasonableness* (“razonabilidad”): no se impondrán multas que no sean razonables (*Bill of Rights*), los policías se comportarán razonablemente aunque tengan amplio arbitrio, y el Parlamento reducirá su omnipotencia al ámbito de lo razonable. Sí, pero ¿qué es lo razonable? Sintetizando las posibles respuestas, resulta que es un estándar desarrollado por el *common law*, que consiste en la combinación de moralidad y sentido común que puede esperarse de un hombre bueno, pero normal y corriente en cuanto a instrucción. Francamente, poco jurídico y menos científico, para nuestros criterios habituales. Un fundamento así resulta delicado porque requiere buenos ciudadanos y buenas personas —como los que define Podsnap con orgullo cuando habla con un extranjero en *Our Mutual Friend*, de Dickens—, compartiendo unos mismos fundamentos éticos. Sir Kenneth Wheare, en el capítulo primero de *Las Constituciones modernas*, reprodujo las palabras de Podsnap: que los ingleses tienen una combinación de cualidades única, a saber: modestia e independencia, calma, responsabilidad, decencia, y así sucesivamente. Wheare añade: “un pueblo semejante... no tiene necesidad de una Constitución”,¹³¹ y,

¹³⁰ Yardley, *Principles of Administrative Law*, cit., p. 101.

¹³¹ Wheare, Kenneth C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, 1971, p. 18.

aunque Dickens ridiculiza a Podsnap por su chauvinismo, uno se queda con la duda de si sir Kenneth no estaría, en el fondo, un poco de acuerdo.

A los que hemos sido formados en el legalismo, nos resulta cuando menos curioso que el imperio del derecho venga a reposar sobre conceptos tan indeterminados, que pueden prestarse a interpretaciones subjetivas. En un país ordenancista, tales reglas, si sobrevivieran, se habrían convertido hace tiempo en el artículo de una ley. Aun así, parece como si en la práctica el absoluto legalismo no fuera posible: las referencias a la buena fe, al *bonus paterfamilias* o al honrado comerciante subsisten en cualquier código por normativista que sea. El derecho constitucional inglés (y el americano, véase, por ejemplo, la enmienda VIII) está lleno de remisiones a estándares de ese género, sin que por ello se arruinen esos países inmediatamente. Es claro que se trata de principios anteriores a la ley, cuyo funcionamiento, como decíamos, presupone personas mínimamente honradas aplicándolos, más un común substrato moral y cultural, y un acuerdo mínimo sobre lo fundamental.

Otro aspecto que llama la atención es que muchas de esas reglas que concretan el imperio del derecho y la justicia natural son de naturaleza más procesal que material. ¿Habría que admitir que al derecho le es tan difícil llegar al fondo que tiene que contentarse con que triunfe la justicia procesal? Desde luego, el *rule of law* impone sobre todo aspectos procesales de juego limpio y justicia natural.

Al final, lo que importa retener es que el *rule of law* no puede ser reducido a una fórmula legal ni a la sujeción formal del gobierno a unas leyes escritas que él mismo dicta. Con palabras de Yardley,

con tal que el objetivo sea la protección de la libertad y derechos de todos los miembros de la comunidad, y que solamente se permitan las excepciones... esenciales para la administración de la nación..., el propósito del imperio del derecho se habrá cumplido. En resumen, el *rule of law* no es una *rule* ni una *law* sino un... criterio para el legislativo, el ejecutivo y la judicatura, vinculado, en la práctica... con el funcionamiento de muchas de las convenciones” de la Constitución.¹³²

¹³² Yardley, David, *Introduction to British Constitutional Law, cit.*, p. 78.

IV. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Decíamos que el imperio del derecho no es una conquista política moderna, sino, en su origen, una práctica preconstitucional procedente del mundo jurídico-privado de la Edad Media. Según el tenor del famoso párrafo 39 de la Carta Magna, “ningún hombre libre será detenido ni encarcelado ni privado de sus tierras o derechos ni declarado fuera de la ley ni en algún otro modo destruído, ni contra él iremos, ni contra él enviaremos a otros, excepto por el justo juicio de sus iguales o según el derecho del país”.

Aun no siendo Inglaterra el primer país ni el único que contó con tales limitaciones del poder (en España ya las hubo en la época visigoda),¹³³ lo cierto es que en ese país han perdurado más de 700 años y, según Jennings, ese párrafo de la Carta Magna está vivo, “implícito en el comportamiento del inglés corriente, el cual no sólo es libre, sino truculentamente libre”.¹³⁴

Así, continúa diciendo Jennings, si alguien se considera víctima de un agravio, acudirá al sargento de policía más cercano. Si éste es poco simpático, el ciudadano pedirá al diputado por su distrito que formule una interpelación al gobierno en los Comunes, dejando aparte el posible recurso a los jueces. En cualquier caso, ningún policía ni funcionario acobardará a un hombre de la calle si cree tener la razón de su parte; a lo cual llama Jennings “el imperio del derecho en la calle”. Según el mismo profesor, el ciudadano inglés “es quizá el... más cumplidor de la ley del mundo, en especial cuando la ley le parece sensata”, pero “no obedece órdenes por el hecho de que sean dadas por alguien con autoridad: obedece órdenes cuando son legítimas”.¹³⁵

En el famoso pleito llamado *The Great Case of Shipmoney*, John Hampden “inscribe su nombre en la historia” negándose a obedecer una orden real de pagar un impuesto de ¡veinte chelines!, porque la juzgaba ilegítima. Pues bien, “en Inglaterra todo hombre es un Hampden”, piensa Jennings.

En realidad, no se trata de otra cosa que de la común idea medieval de que todos están sometidos al derecho. El derecho estaba sobre todos,

¹³³ Cfr. Bravo Lira, Bernardino, “Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Latina”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, 39-40, 1986, pp. 73-112.

¹³⁴ Jennings, Ivor, *The Queen's Government*, Londres, 1965.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 10.

también sobre el rey, como en la máxima de Bracton: “*rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege quia lex facit regem*”. Para los medievales, el derecho no se podía hacer y deshacer como los legisladores de hoy con sus fábricas de normas; por eso nuestra moneda corriente de que el gobierno y el legislador están bajo la Constitución, palidece en comparación con el *animus*, que late bajo las palabras bractonianas. En el feudalismo, con su pirámide de contratos de lealtades y vasallajes, todos, desde los más altos a los más bajos, tenían derechos y deberes —no en la misma proporción, desde luego—; también los reyes tenían algunos deberes y los siervos algunos derechos; lo cual no obstaba para que Inglaterra fuese un país que aceptaba, y aún acepta, las desigualdades sociales como naturales. Si una de las partes del contrato feudal incumplía sus obligaciones, la otra podía retirarle su lealtad. Se recordará que la expresión *liber homo* de la Carta Magna, no se refería a los siervos ni a los judíos, pero los jueces fueron haciendo una interpretación extensiva por la cual hacia el siglo XVI casi todos estaban incluidos en esa categoría.

Después de varios siglos, estos principios vinieron a quedar tan incorporados a la mentalidad ordinaria que incluso la literatura infantil los refleja. En las *Crónicas de Narnia*, de C.S. Lewis, se lee el siguiente diálogo entre el rey Lune y su hijo Cor, que no quiere heredar la Corona:

—Tú eres mi heredero. La corona te corresponde a ti

—Pero yo no la quiero, dijo Cor. Mucho antes preferiría...

—No es cuestión de lo que tú quieras, Cor, ni tampoco de lo que quiera yo. Es la ley (*it is in the course of law*)

—Pero, padre, ¿no podrías hacer que el próximo rey sea quién tú quieras?

—No. El rey está bajo el derecho, pues es la ley quien le hace rey. No tiene más poder para abandonar la corona que un centinela para abandonar su puesto.¹³⁶

En el siglo XVII, los Estuardo pretendieron estar sobre el *common law*, y el mencionado John Hampden, entre otros, lo negaba. Hampden perdió el pleito de los veinte chelines porque siete de los jueces —los más jóvenes, curiosamente— no le dieron la razón, pero tampoco declararon al rey por encima del derecho. El propio Carlos I Estuardo, ya derrotado y próximo a su muerte, replica a sus acusadores insistiendo en que no están legitimados para juzgarle según el derecho inglés; él

¹³⁶ Lewis, *The Horse and His Boy*, 1954, cap. XV.

pretende tener la ley de su parte, no sólo el derecho divino absolutista. Maurois comenta: “nada tan inglés como esa insistente manera de repetir la palabra *legal*”.¹³⁷

En la obra de Tolkien, *Egidio, el granjero de Ham*, un modesto labrador medieval se cansa de que el rey Augustus Bonifacius incumpla su deber de proteger a los aldeanos contra el dragón Crysophylax Dives. Así que tras vencer él mismo al monstruo, no entrega al rey el botín cogido al dragón, cesa de pagarle impuestos, le retira su obediencia, y termina convirtiéndose, primero, en conde del Aula Draconaria y, luego, en rey del Pequeño Reino. La moraleja es clara: los gobiernos existen en virtud de un pacto que engendra derechos y obligaciones para ambas partes; si el gobernante incumple su deber, el gobernado responderá con un abanico de acciones, que van, según la gravedad del caso, desde la queja y el recurso judicial hasta la desobediencia civil o la rebelión. Lo que está ocurriendo en los últimos decenios, según los críticos, es que el pacto con el gobierno está siendo incumplido repetidamente por los que tienen el poder.

V. PROBLEMAS DEL *RULE OF LAW* EN NUESTROS DÍAS

Pero este imperio del derecho, que hace ahora un siglo ensalzaba Dicey, sufre después el embate del Estado de bienestar y del crecimiento del Poder Ejecutivo, y para hacer frente a ello no resulta muy eficaz. En el fondo, la historia de los problemas del constitucionalismo parece ser en todas partes más o menos la misma. Ya en este siglo hay un momento, digamos que entre la Primera Guerra Mundial y el Informe Franks de 1957, en que el régimen administrativo francés, a pesar de sus orígenes absolutistas, parece proteger más al ciudadano contra la inmunidad y arbitrariedad de la administración que el *rule of law*.

Pero es mejor que reconstruyamos lo esencial de la historia, siguiendo la síntesis que hace Henry Wade en *Constitutional Fundamentals*.¹³⁸ En realidad, la cosa empezó hacia el decenio de 1830 por la confluencia del primer Parlamento reformado con las ideas de Bentham y otros acerca del poder de la ley escrita:

¹³⁷ *Obras completas*, Barcelona, 1968, vol. II, p. 949.

¹³⁸ *Op. cit.*, pp. 51-61 y 78-83.

... de repente se le ocurrió a nuestros antepasados que se podían hacer mejoras radicales en la sociedad aprobando leyes... y nombrando funcionarios para administrarlas. Ya había habido antes muchas leyes del Parlamento pero con la legislación reformista llegó una cosa diferente: el poder discrecional. Esto fue la seña de identidad de la era administrativa”, iniciada con la *Poor Law Amendment Act* de 1834.¹³⁹

Así que, primero, con la idea racional de arreglar la sociedad creció la legislación. Además, el nuevo tipo de leyes creaba funcionariado y ordenaba la intervención del Ejecutivo para corregir los entuertos. Por lo mismo, se daba un margen de arbitrio al ministro correspondiente.

Segundo, a esto se sumó el cambio en los partidos, que estaban dejando de ser grupos de amigos políticos, oligárquicos pero no dictatoriales, para convertirse en máquinas disciplinadas, que soldaban Westminster con Whitehall. Para lo que ahora nos ocupa, ello dio lugar a unas mayorías parlamentarias dóciles que aflojaron sus controles sobre los gobiernos y les dieron autorizaciones y delegaciones con menor control ulterior, de manera que, sin dejar de ser legalmente cierta la preeminencia de Westminster, sin cuya previa autorización no podía actuar Whitehall, el resultado era el intervencionismo gubernamental, seguido por no mucho control. La verdad es que esa había sido la tradición del club de *gentlemen*, dar autorizaciones a aquellos de sus miembros que formaban el Gabinete; pero no se hacía con tanta frecuencia, ni los ejecutivos gobernaban tanto, así que los abusos no habían sido insoportables.

En tercer lugar, los gobiernos gobiernan mucho, especialmente al llegar a la fase final, la del *welfare State*. Y esos gobiernos superactivos entienden que, ya que persiguen el interés público, es natural que puedan alegar la *praerogativa regis*, la cual de esta manera volvió a crecer, sumándose a los poderes que por ley les concedían los parlamentos. Pero si Westminster es soberano, y sus leyes están exentas de control judicial, los poderes por ellas concedidos al Ejecutivo, también. Como resultado, la sombra de la monarquía absoluta de los Estuardo parecía planear de nuevo sobre el derecho inglés, según llegaron a decir algunos.

Y mientras tanto, ¿qué hacían los jueces, clave del arco del imperio del derecho en el país más libre del planeta? Los jueces habían sido formados en un universo mental jurídico-privado de *common law*, y sólo estaban preparados para juzgar conflictos en los que el poder apareciera

¹³⁹ *Ibidem*, p. 51.

como sujeto de derecho privado. Recordemos el orgullo del *rule of law*: no reconocer al gobierno una posición privilegiada. Pero eso servía de poco si la intervención gubernamental aparecía protegida por el escudo de la *praerogativa regis*, o, peor todavía, envuelta en la armadura de una autorización legislativa del Parlamento soberano. Era Westminster, y no la judicatura, quien debía frenar al gobierno en el terreno político, pero Westminster no estaba cumpliendo la parte del trabajo que, según la división de poderes y el *rule of law*, le correspondía. Mientras Westminster controlaba a Whitehall y mientras los ejecutivos eran Gabinetes no muy activos de *gentlemen* desocupados, las cosas iban aceptablemente. Pero ahora era corriente que el Legislativo concediese poderes a los ministros en términos muy amplios y subjetivos, con el resultado de que a los jueces no les quedaba mucho que juzgar. Este tipo de “leyes de bases” que dejaban gran reserva de poder a los ministros proliferaron tras 1945. Las cláusulas comúnmente usadas eran del estilo de dar a la administración amplios y vagos poderes (“los que sean necesarios” para una tarea) bajo condiciones tan poco exigentes como “que le parezca bien al ministro”. De esa manera, si el ministro del ramo se daba por satisfecho de la actuación administrativa, haciéndolo constar por medio de un *affidavit* (declaración jurada escrita, usada frecuentemente como prueba en los litigios), los jueces ya no podían entrar en la cuestión.¹⁴⁰ Evidentemente, no era éste el espíritu del viejo derecho.

Así, la judicatura se abstenía de aplicar los principios del *rule of law* a la actividad de la administración. Permitían a los ministros actuar con discreción siempre que una ley del Parlamento les hubiera dado tal cheque en blanco. Permitían también el abuso del privilegio real, y se abstenían de controlar las sentencias de los tribunales administrativos especiales.

VI. LOS REMEDIOS QUE SE PUSIERON

1. *Introducción*

Así las cosas, no es difícil comprender que en la década de los cincuenta en el Reino Unido hubiese una difundida impresión de que las cosas no iban como debieran. Algunos miraban con envidia al continente, antes menospreciado por tener una rama del derecho: el administrativo,

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 85.

que partía del principio de la desigualdad entre el Estado y el ciudadano. Atrás quedaban las palabras de Dicey: “En muchos países continentales, notablemente en Francia, existe un esquema de derecho administrativo... que reposa sobre ideas extrañas a las presunciones básicas de nuestro *common Law*..., y especialmente a lo que hemos denominado *rule of law*”.¹⁴¹

Pues el Continente había evolucionado para bien, y el Reino Unido, para mal. Lo más llamativo era la proliferación de tribunales administrativos, aunque no fuese en realidad lo más amenazador para el imperio del derecho. Por tanto, los ingleses hicieron lo que suelen en tales casos: pedir un informe a una comisión de prestigiosas personalidades independientes, en este caso el Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, presidido por Oliver Franks, y formado en parte por no juristas, el cual produjo en 1957 el dictamen que se conoció como Informe Franks. Su influencia fue notable, dando lugar casi de inmediato a la *Tribunals and Inquiries Act* de 1958.

Podemos agrupar los principales remedios en tres bloques principales: el primero, la propia reacción de la judicatura inglesa a partir de los años sesenta, el segundo, la reforma de la legislación sobre los tribunales administrativos, y, el tercero, las *public inquiries*. Dejamos los tribunales administrativos para el capítulo siguiente y pasamos ahora a tratar de la reacción de la judicatura y después de las *public inquiries*.

2. La reacción de los jueces

No fue una reforma constitucional formal lo que dio lugar a que los jueces abandonaran su anterior pasividad. Siendo la Constitución flexible más vulnerable, en cierto modo, que la rígida, y habiendo fallado el Parlamento en su función de control, inflada con nuevo contenido la antigua prerrogativa real, y armada la administración con cheques casi en blanco de Westminster, los jueces se encontraron con que tuvieron que romper su antigua obediencia a las leyes —que nunca había sido absoluta; nunca habían ellos sido “bocas muertas de la ley”—; así que en una serie de sentencias famosas que se sucedieron desde mediados los sesenta, los jueces fueron restaurando el imperio del derecho y adecuándolo a las

¹⁴¹ Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8a. ed., Indianapolis, Liberty Press, 1915 (cap. XII: “El *rule of law* comparado con el *Droit Administratif*”).

nuevas circunstancias. Los principios que la judicatura sentó fueron los siguientes:

1) Las reglas de justicia natural procedentes del *common law* vinculan también la acción administrativa (sentencia *Ridge vs. Baldwin*, 1964).

2) No existe la plena discrecionalidad (*unfettered discretion*) de la administración; las autorizaciones del Legislativo al Ejecutivo deben entenderse en sentido restringido: para los propósitos de la ley delegante y sólo para eso (sentencia *Padfield*, 1968; además, esto era lo conforme con la tradición jurídica inglesa).

3) Ningún área de la actividad administrativa está exenta de control por los jueces ordinarios (sentencia *Ridge*, 1964); ni siquiera por ley del Parlamento soberano, que oficialmente la judicatura profesa obedecer (sentencia *Anisminic vs. the Foreign Compensation Commission*, 1969), pues, como dice Henry Wade: “eximir a una autoridad pública del control judicial es darle poderes dictatoriales”.¹⁴²

4) Reducción del ámbito del privilegio de la Corona (sentencia *Conway*, 1968), que en adelante no se podrá invocar para resolver cuestiones ordinarias (sentencia *Tameside*, 1977: la alegación ministerial ocultaba en realidad una diferencia política; lo que recuerda el “caso Rumasa” español) ni sirve para fundamentar cualquier actuación del Ejecutivo no autorizada por ley (sentencias *Congreve vs. Home Office*, 1976, y *Tameside*, 1977).

Como se ve, es como si los jueces hubieran ido dando pasos o subiendo escalones: el primero, revisar la legalidad de los actos administrativos, naturalmente, sin cuestionar la ley; el segundo, revisar los actos administrativos aunque estén previstos por la ley y ésta los declare exentos del control judicial, y, el tercero, no siempre claramente diferenciable del anterior, controlar la propia ley confrontándola con la Constitución no escrita —*common law*, *rule of law*, reglas de justicia natural—, como se hizo en el caso *Anisminic*. Como el resultado se parece algo a nuestro control de constitucionalidad de las leyes, algunos piensan que, con esto, Inglaterra se parece a los países continentales. Pero no hay que olvidar que todavía más se parece a lo que dijo el juez Coke en 1610 en *Dr. Bonham’s Case* (“el *common law* controlará las leyes del Parlamento, y a veces juzgará que son completamente nulas”) y a lo que dijo el juez Hobart en el caso *Day vs. Savadge* en 1615 (algo similar).

¹⁴² Wade, Henry William Rawson, *Constitutional Fundamentals*, cit., p. 82.

El caso *Anisminic* es particularmente significativo, en él se trataba de una Comisión (*Foreign Compensation Commission*) encargada de distribuir unas indemnizaciones. Como se preveía que el dinero disponible iba a resultar insuficiente, la ley creadora de la Comisión establecía que las decisiones de ésta no serían recurribles ante la judicatura. Aquí se ventilaba la soberanía del Parlamento, la relación entre jueces, leyes y Constitución, y la posibilidad de creación legal de áreas exentas del control por la judicatura. Es interesante atender a los razonamientos jurídicos empleados en esas sentencias, porque los jueces no niegan frontalmente la soberanía del Parlamento ni emiten juicios sobre si los partidos dominan demasiado a Westminster, pero las consecuencias de esos fallos judiciales no escapan a nadie. La judicatura inglesa, que en la sentencia *Lee vs. Bude*, de 1871, había declarado por boca del juez Willes la doctrina clásica —a saber, que los jueces no son supervisores de la legislación sino servidores de la reina y del Legislativo—, llegaba ahora en la sentencia *Anisminic*, a unos resultados prácticos opuestos.

Al final, el *rule of law*, las leyes y toda la fábrica de la Constitución mostraron su dependencia, en última instancia, del viejo *common law* y de la clave de arco, que son los jueces. Éstos aparecieron, en este caso, desarrollando un derecho administrativo en el país donde Dicey había sentenciado su inexistencia. (Dejemos ahora de lado que al publicar Dicey la última edición de su libro, en 1915, había ya algo de derecho administrativo en el Reino Unido). Tras todas esas sentencias parece claro que en Inglaterra existe derecho administrativo. Antes (en 1820, por ejemplo) no existía ni era muy necesario, o al menos se pudo pasar sin él hasta, digamos, la Primera Guerra Mundial; después, con el *welfare State* (en 1950, por ejemplo), era necesaria alguna rama del derecho que regulase esas materias; pero no existía, o sólo fragmentariamente. Ahora existe, pero su *animus* no es la prepotencia de la administración, sino la sujeción del poder al *common law*: no se trata de normas que santifiquen la preeminencia de la administración, aunque sean después dulcificadas, sino de la aplicación del *common law* a la actividad del Ejecutivo.¹⁴³ Por eso tiene razón Yardley al afirmar, según antes citábamos, que la Corona está hoy más cerca que antes de la posición de una persona privada. En los países continentales el derecho administrativo nació como afirmación de la prepotencia del Estado y su exención del derecho ordinario —de

¹⁴³ Wade, Henry William Rawson, *Constitutional Fundamentals*, cit., p. 94.

ahí la acusación de ser poco jurídico— y después fue evolucionando en sentido contrario, aceptando más y más recortes a la omnipotencia estatal, hasta producir resultados muy estimables. En Inglaterra, el desarrollo que acabamos de mencionar se planteó al revés, como un progresivo sometimiento del poder a las reglas de la justicia natural y del derecho ordinario, de las que estaba consiguiendo eximirse.

3. *Las public inquiries*

Están reguladas por la ley de ese nombre, varias veces reformada, y por la *Town and Country Planning Act* de 1971. Son consultas al público antes de tomar decisiones importantes por las que van a resultar afectados los intereses de muchas personas. Se llevan a cabo sobre todo en materias de urbanismo y otras grandes obras públicas (como la construcción del nuevo aeropuerto de Londres en Stansted, Essex, y de un reactor de agua a presión para producir energía nuclear en Sizewell, Suffolk).

Consisten en que un inspector encargado reúne toda la información posible, escucha a todos los afectados y después comunica el resultado de sus investigaciones al ministro competente, antes de que tome la decisión. El ministro puede, en principio, no seguir la opinión del inspector, pero en circunstancias normales no dejará de tenerla en cuenta.

El sentido de estas grandes consultas al público es dar elementos de juicio al ministro antes de tomar la decisión, informar a los afectados y darles una oportunidad de hacerse oír, como también ahorrar ulteriores impugnaciones y problemas. Además, se abren “cauces a la revisión judicial” de las decisiones administrativas del gobierno.¹⁴⁴ En efecto, las *public inquiries*, aunque no producen una sentencia ni son llevadas a cabo por jueces, tienen naturaleza cuasi judicial por varias razones. Primera, porque una persona imparcial oye a las partes según un auténtico *due process of law* (“debido procedimiento jurídico”); también porque, aunque el ministro pueda apartarse de la recomendación del inspector, o decidir contra los deseos de los afectados, éstos pueden recurrir judicialmente si no se ha respetado el debido procedimiento o si no se les ha oído.

Además, después de algunas reformas, las grandes consultas al público ya no son sólo un asesoramiento al ministro, sino casi una participación en la toma de decisión, pues el ministro no puede apartarse de las

¹⁴⁴ Yardley, David, *Principles of Administrative Law*, cit., p. 199.

conclusiones del inspector salvo por serias razones, explicando satisfactoriamente su decisión, y dando a los afectados una nueva oportunidad de defender sus planteamientos. En caso contrario, las partes pueden recurrir al juez, lo cual incrementa el ingrediente judicial y restringe más el arbitrio del ministro, que ya no es libre para ignorar las recomendaciones que recibe.

Estas consultas al público no suponen un alejamiento del imperio del derecho, sino lo contrario, pues las posibilidades de control judicial de los actos del gobierno aumentan; al mismo tiempo la decisión final adquiere mayor legitimidad, porque se da al ciudadano una oportunidad de participar, o al menos hacerse oír, en los procedimientos administrativos. Así consideradas, las *public inquiries*, aunque no carecen de precedentes, son una creación británica, poco comparables a los periodos informativos que se abren antes de entrar en vigor un plan urbanístico en países como España, y suelen ser llevadas a cabo con seriedad, imparcialidad y publicidad. Reflejan también la idea muy anglosajona, aplicada en este caso a lo administrativo, de que el gobierno debe buscar el consentimiento. En Canadá, en 1987, con motivo del Acuerdo Constitucional de Meech Lake, después fallido por otras razones, una comisión parlamentaria bicameral escuchó durante cinco semanas y media a grupos y ciudadanos particulares antes de pronunciarse sobre si tal reforma constitucional procedía o no (no se quiere decir que el caso fuera igual). El profesor Anthony Barker, de la Universidad de Essex, cree que “el sistema británico de consultas al público, aunque no perfecto, es de alta calidad, y tiene mucho que enseñar a otros países” (*Economic and Social Research Council Newsletter* 56, enero de 1986).

Pero también tienen inconvenientes, sobre todo el coste y el tiempo empleado: las mencionadas consultas de Stansted y Sizewell duraron 40 y 38 meses, respectivamente. No es sorprendente, por tanto, que un gabinete enérgico pueda sentirse frenado por estas “grandes, extrañas y nuevas criaturas”;¹⁴⁵ así que Mrs. Thatcher se opuso a que dos grandes proyectos —la planta reprocesadora nuclear de Dounreay y el túnel bajo el canal— fueran objeto de *public inquiries* previas. Lógicamente, el gobierno tiene argumentos, sobre todo técnicos y económicos, para rechazar unas costosas y lentas consultas al público, que, además, en sus últimas versiones, restringían mucho su libertad de decisión. Quizá sea éste

¹⁴⁵ Barker, Ernest, *Essays on Government*, Oxford, 1945.

un ejemplo más de que la lógica de la técnica no es la de la participación ni la del control del poder. Por estas razones algunos se preguntan si las grandes consultas al público podrán continuar practicándose en el futuro.

En todo caso, la idea de que el poder debe contar seriamente con las opiniones e intereses de los ciudadanos es, por sí misma, digna de ser defendida, y sería de lamentar que esta institución británica desapareciera, a menos que fuera sustituida por algún otro procedimiento con similares resultados (por ejemplo, que una comisión parlamentaria haga la misma función que en el ejemplo canadiense). No obstante, y cualquiera que sea el procedimiento, mucho dependerá de que sea llevado a cabo con los criterios de la Comisión Franks: publicidad, juego limpio e imparcialidad, cosas que las leyes no pueden garantizar. Pueden ordenar, como hacen en muchos países, que antes de hacer algo se abra un periodo de información al público, pero no pueden garantizar que se tome en serio.