



NB: Estado de derecho y rule of law

Descripción

INTRODUCCIÓN

Rule of law y Rechtsstaat no se suelen contraponer porque supuestamente son versiones de lo mismo y caen ambos dentro del Estado de derecho (lato sensu). Sin embargo, aquí sostenemos que cabe hacer distinciones. La distinción entre rule of law (versión inglesa) y Rechtsstaat (versión alemana), de la cual Estado de derecho es traducción, es sencilla. La han complicado diversas circunstancias, comenzando por el lenguaje, pues Estado de derecho, si se toma en serio —o, simplemente, si no se cuestiona—, implica tomar partido por el Estado y su visión del derecho.

La idea de fondo del Estado de derecho lato sensu es simple y típica de todo constitucionalismo genuino: someter el poder al derecho. Y la primera conditio sine qua non es que el poder no sea señor del derecho, o no de todas sus fuentes, o no de todos los operadores jurídicos. Y aquí topamos con la primera dificultad, pues desde Hobbes pertenece al concepto «estado» ser el señor —incluso absoluto— del derecho, idea que los totalitarismos del siglo XX llevaron al paroxismo («el Führer es la más alta fuente del derecho»).

Recordaremos, para empezar, que el Estado de derecho es una parte de la Constitución (máxima limitación del poder por medio del derecho) y no del Estado (máxima concentración territorial del poder), y que su fin es apoderarnos y protegernos a los ciudadanos, desapoderar y controlar al Estado. Su fin es perseguir (sic) al Estado, y no a los delincuentes, los sancionados o los impagadores de tributos, ya perseguidos por los códigos penales y tributarios. Por ser de genealogía constitucional, el Estado de derecho no pertenece a la rama represiva del derecho (salvo que reprima al poder). Es una de las tres grandes partes de la Constitución —las otras son la división de poderes y los derechos y libertades—, no una parte del aparato del Estado.

En España, con el fragor del combate antiterrorista ha venido a tomar carta de naturaleza una visión no muy constitucionalista, la cual, tras otorgar al Estado el plus de legitimidad de las palabras «de derecho», termina por aumentar su control al esgrimir el derecho como un arma que él fabrica o deroga. De ahí frases como «el Estado de derecho no puede tolerar que se incumpla la ley», o «no puede tolerar que los delincuentes (o los terroristas, los fumadores, los que exceden la velocidad máxima...)». Ergo, más control estatal sobre los delincuentes, pero también sobre nosotros, y menos control del derecho sobre el Estado.

Vemos, así, que la presencia de la palabra «estado» en «Estado de derecho» tiende a confundir, legitimando al Estado y disminuyendo su control por el derecho. En materia de Estado de derecho, la Constitución debería mostrar eficacia solo vertical-ascendente; no horizontal, entre particulares, ni, menos todavía, descendente. «Estado de derecho» es traducción del alemán. Si nosotros lo usamos es porque pertenecemos al área jurídico-constitucional continental. Si perteneciéramos a la inglesa, hablaríamos de rule of law, y encontraríamos raro o sin sentido state of law, y, aún más, social and democratic state of law.

Por su parte, rule of law es una imprecisa denominación consagrada en el siglo XIX tardío (Dicey(1)) para designar una realidad de la que ya habla, entre otros, Locke: la sumisión de todos los poderes públicos del reino a un mismo y único derecho: «un solo juez, un solo derecho, igual para el gobernante que para el último súbdito del rey». Tomada literalmente, la expresión sería bien discutible, pues no es una regla (rule) ni una ley (law), pero ello no tiene mayor importancia. Lo que verdaderamente lo describe es el gobierno conforme al derecho, como opuesto al rule by fiat, el «imperio» del derecho y no del poder, la supremacy of law, el Imperio del derecho.

PRESUPUESTOS DE LAS DISTINTAS VISIONES DEL ESTADO DE DERECHO

Como siempre en estos casos, las maneras de entender el genérico «Estado de derecho» dependen mucho, primero, de nuestra visión del derecho y, secundariamente, de nuestras visiones previas del Estado y de la Constitución. No es casualidad que en el entorno del common law se generara el rule of law y no el régime administratif ni el Rechtsstaat. No es lo mismo someterse al derecho como límite que someterse al derecho como organización social; no es lo mismo estar bajo una Constitución como supremo mandato a los ciudadanos que como pacto de límites entre nosotros y el gobernante.

Por vía de ejercitación intelectual, imaginemos una cultura jurídica que tenga los rasgos siguientes:

Primero. El derecho parte de la existencia de conflictos, injusticias e incumplimientos y trata de solucionarlos; no parte de la perfección lógica del ordenamiento jurídico —tal vez ni siquiera parte del «ordenamiento» jurídico— ni da por supuesto que las leyes se cumplen. No diseña una organización institucional perfecta suponiendo que se cumplirá todo, para sorprenderse en breve de que tiene grietas y fisuras, de que no se cumple todo (esta, más o menos, fue la actitud española en 1978). Nosotros, en cambio, no nos sorprenderemos de que no siempre se cumpla la ley (que, para empezar, tampoco es perfecta); aun más, si en un país se cumplieran todas las normas vigentes, no se podría vivir. Tampoco ignoramos que toda norma tendrá algunas (o muchas) consecuencias no buscadas, que ningún legislador responsable se negará a admitir y cargar con su parte de responsabilidad, por no buscadas que sean.

Segundo. Y, si el derecho es ante todo para resolver conflictos, no lo es para aplicar políticas. No es un libro de instrucciones para el buen ciudadano, ni para la sociedad civil. La Constitución americana no es un manual de instrucciones para los estados, ni menos aún para los ciudadanos, pues, como ellos dicen, «no vivimos nuestras vidas leyendo primero la Constitución». Contrástese esa frase con lo que criticaba Schmidt-Assmann de Alemania: que su Constitución «marca direcciones y límites a la vida estatal y social, pero no cristaliza en un nuevo absolutismo de valores normativo. Es la fuente de derecho intraestatal de rango más alto, pero la vida bajo ella no es “ejecución de la constitución”» (2).

Tercero. Pluralismo de fuentes (jurisprudencia, principios, regulae iuris, justicia natural, soft law, opiniones de autoridades), nadie monopoliza la producción e interpretación del derecho.

Cuarto. Judicialismo más que legalismo.

Quinto. «Inherent mistrust to authority», desconfianza del poder (de la que el Staatsrecht y el régime administratif nunca partieron).

De lo que acabamos de dibujar resulta un retrato robot a caballo entre el derecho romano y el common law. Y, si ahora elaboráramos un listado de presupuestos contrarios, estaríamos dibujando un retrato robot de un ordenamiento jurídico europeo continental. Pero eso nos lleva a estudiar las distintas formas y fases.

TIPOS Y FASES DEL ESTADO DE DERECHO

Dentro del bloque «Estado de derecho» efectuaremos las siguientes distinciones:

a) Según culturas jurídicas, distinguiremos el rule of law y, antes que nada, el régime administratif execrado por Dicey. Durante decenios, nuestros libros distinguían estos dos modelos sin parar muchas mientes en que el francés, originalmente, no era una manera de someter el poder al derecho sino de eximirlo de esa sumisión. Bajo la etiqueta «Régimen Administrativo» incluíamos en España todo lo continental, hasta que, tras 1945 (en España tras 1978), irrumpió con fuerza otro producto continental, que no era nuevo (era del primer tercio del siglo XIX) pero no estaba tan popularizado entre nosotros, el Rechtsstaat alemán. Hoy, muy evolucionado respecto de sus orígenes, ha desplazado al modelo francés.

b) Por la fuente del derecho que somete al poder, cabe distinguir el Estado de derecho legal (clásico europeo continental), el judicial (propio de países judicialistas) y, desde la Grundgesetz, el constitucional. En el primero, el poder se somete a la ley, de la que el juez es mero aplicador mecánico; en el segundo, al juez, y en el tercero, a la Constitución. En realidad, todo Estado de derecho o Imperio del derecho es judicial, pues los jueces son clave del arco de todo litigio, así que todos venimos a ser más o menos judicialistas. Las leyes no se aplican ni interpretan solas: incluso la decisión sobre qué ley se aplica al caso «es competencia y deber del departamento judicial»⁽³⁾. En la más reciente de estas fases, el Estado constitucional, todo él se somete, incluyendo su legislador, a la Constitución (tal como la entienden los jueces constitucionales), siendo un «Estado de Constitución» más que «de ley», y, por lo mismo, también de jurisprudencia constitucional, de valores (los cuales, curiosamente, podrían disminuir nuestro control del poder) y, quizá, de una cierta dosis de soft law.

En passant, y dentro del Estado de derecho legal, mencionaremos el escalón mínimo de sumisión del poder al derecho, el modesto subtipo del Estado de justicia administrativa. En este, el poder no se somete a la Constitución —bien por no ser directamente aplicable, bien por no haber Constitución, como en el franquismo— ni, tal vez, siquiera, a la ley. Solo se somete la administración pública —esto es, solo una rama de la rama ejecutiva; no el gobierno ni el legislador—, a las principales normas reguladoras de la administración, que quizá ni siquiera sean leyes formales dictadas por un legislador representativo. Hoy, nuestras democracias formales no pueden dar por supuesto que, porque se proclame en ellas la sumisión a la ley y la Constitución, esté automáticamente garantizado ese modesto Estado de justicia administrativa. En España, con la actual crisis, se diría que no lo está.

El Estado constitucional revoluciona el ordenamiento jurídico en un grado sin precedentes, mucho más que lo que sugiere el simple subir un peldaño en la pirámide normativa (de sumisión a la ley a sumisión a la ley suprema), porque, aunque la Constitución sea una ley, es una ley su-prema y especial, cargada de política, valores, proclamaciones y programas. Como muestran los hechos, el salto del principio de legalidad al principio de constitucionalidad ha producido un cambio no cuantitativo sino cualitativo; con variaciones, según la magna carta que nos gobierne, pero nunca baladí. La rutina nos hace olvidar que el Estado constitucional fue en su momento una gran novedad, pues durante el siglo XIX y parte del XX las constituciones europeas y latinoamericanas no eran directamente aplicables y los Estados de derecho eran, abiertamente, Estados de leyes, incluso leyes in (o anti) constitucionales⁽⁴⁾.

Dentro del Estado de derecho constitucional está teniendo lugar ahora un interesante desarrollo: la creciente sumisión a tratados internacionales y convenciones, y de ahí el «control de convencionalidad» que algunos ya defienden, supuestamente más alto que el de constitucionalidad⁵. Consideramos que, de momento, no está conceptualmente fuera del Estado constitucional porque esos tratados derivan su legitimidad de las constituciones y podrían ser juzgados por su conformidad con ellas, como a veces se ha hecho en Alemania, y además comparten con las constituciones el ser

documentos supremos con abundancia de retórica, valores, programas e incluso soft law. Como todo, este nuevo fenómeno tiene ventajas e inconvenientes, pues puede hacernos pasar del rule of law al rule of judges⁶. En efecto, estos vienen ahora a poder sentenciar, por ejemplo, según un dictamen de un organismo de la ONU que no vincula a nadie, o la opinión del tribunal extranjero de su elección; en ambos casos, sin legitimación democrática. En Hispanoamérica parece tomar fuerza esta nueva tendencia; algunos autores hablan como si los tratados internacionales gozaran de no menos supremacía que la Constitución americana, y no subrayan suficientemente el pluralismo ni los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.

c) Por lo que se refiere a la dimensión libertad/igualdad y al grado de intervención estatal en pro de la igualdad, distinguiremos el Estado de derecho liberal (o Estado de derecho, a secas, pues en el siglo XIX los pocos que había eran liberales), el Estado social de derecho y el Estado social. Estos dos últimos se distinguen porque el primero injerta ciertas políticas sociales en un Estado de derecho cuya arquitectura básica sigue siendo la anterior, mientras que el Estado social interviene en toda la vida social para re-configurar la sociedad toda, a tal punto que a veces puede arriesgar la dimensión de sumisión al derecho.

DIFERENCIAS ENTRE RULE OF LAW Y RECHTSSTAAT

Desde hace ya tiempo, los dos se han aproximado notablemente por diversas causas, de las que, con la perspectiva de hoy, destacaremos la judicialización, la apertura de más y más vías de recurso⁽⁷⁾, la pérdida (o atenuación, y solo moderada) de la posición privilegiada de la administración pública y la eliminación (o disminución, y solo moderada) de las «inmunidades del poder» y zonas exentas de control judicial. En conjunto, parece haberse acercado más el modelo continental al inglés que lo contrario. El rule of law ha tenido sus altibajos⁽⁸⁾ y hay aspectos en los que puede puntuar peor que el modelo alemán; pero eso nos llevaría más allá de este trabajo.

Aunque ambos compartan hoy cada vez más cosas, todavía se aprecian diferencias, cuya raíz está en esas distintas visiones del Estado, el derecho y la Constitución a que nos hemos referido. No consideraremos ahora el régimen administrativo, antes principal antagonista del modelo inglés pero últimamente relegado por el espectacular desarrollo constitucional alemán. Originalmente (Edicto de Saint Germain, 1641), no era una forma de someter el poder al derecho sino su negación y la exención de la administración del control judicial; lo más opuesto a la Star Chamber Abolition Act de 1640.

Contrástese con el rule of law dibujado (cum grano salis):

Ningún hombre (ni mujer) puede ser arrestado por un policía a menos que haya infringido la ley, ni ser mantenido en prisión a menos que un magistrado o juez y un jurado lo hayan encontrado culpable de un delito; ni puede ser privado de su propiedad excepto por un procedimiento jurídico y, en ese caso, solo pagándole una compensación; ni puede ningún funcionario público push him around a menos que la ley diga que puede, y en ese caso solo si el funcionario obedece todas las formalidades legales y se asegura de que esa persona recibe un trato justo. Y si alguien rompe estas reglas, la persona afectada está plenamente legitimada para seguir adelante y quejarse a un juez de paz, o escribir a los periódicos y armar un jaleo, o pedir a su diputado que suscite la cuestión en el Parlamento⁽¹¹⁾.

a) En primer lugar, el rule of law, al revés que el Estado de derecho, presupone la existencia del derecho bien por ser natural, como la natural justice, bien por ser histórico; algo así como el Fuero Juzgo en España, en vigor desde Fernando III hasta el Código Civil. El derecho, en parte, viene dado, y merece respeto, aunque pueda ser modificado por el Parlamento soberano. En España, durante siglos, nadie creía que el derecho contenido en el Fuero Juzgo fuera una cosa dejada al capricho del legislador.

No presupone la existencia del Estado, esto es, alguien que monopoliza la producción, interpretación y aplicación del derecho. Para funcionar, el modelo inglés no precisa soberanía(9); mientras que para que haya Estado, tiene que haber soberanía.

En cuanto al tipo de Constitución, el rule of law estará más cómodo con una que vaya a lo esencial y no pretenda regular todo. Será la norma más alta, pero no la cúspide de pirámide, fuente de toda posible juridicidad; será más un límite que una fuente de fuentes. Así, la norteamericana no dice nada sobre «fuentes del derecho» y casi nada sobre los estados miembros: simplemente, proclama la cláusula de supremacía y marca límites. No es una «Constitución dirigente» (Canotilho(10)), idea prima facie fascinante pero que podría generar, en la práctica, la intervención del Estado en la vida social e incluso personal; según lo detallada y ambiciosa que sea cada magna carta, (pero todas las dirigentes suelen serlo).

b) En segundo lugar, en cuanto a fuentes, queda dicho que el rule of law es pluralista, judicialista y menos legalista. Si consultamos un diccionario jurídico de un país de common law puede ser que «principio de legalidad» no aparezca, o solo como un asunto de derecho penal. Con todo, y por mucho que hoy repitamos acríticamente que «la ley es la ley», tampoco es siempre cierto, siendo mucho más importantes para nuestro Estado de derecho la jurisprudencia constitucional, las jurisprudencias de Estrasburgo y Luxemburgo, la legislación europea y los valores. Poca sorpresa, si recordamos que hoy la Grundgesetz se presenta como un conjunto de valores positivizado, y donde más se nota eso es, después de los derechos fundamentales, en el Estado de derecho. Esa atenuación del legalismo mecanicista del XIX aproxima el Estado de derecho al rule of law por aumento del judicialismo, pero no tanto como parece, pues en principio el common law no gusta de valores, porque son difíciles de concretar, difuminan los perfiles jurídicos y expanden indebidamente la competencia del intérprete (juez, ejecutivo europeo, ejecutivo estatal). Repitamos que, según sean la interpretación y la expansión, los valores podrían terminar aumentando nuestros deberes y generando mayor sumisión al intérprete de los mismos, usualmente, el Estado.

Queda dicho que la sumisión del poder al derecho en el rule of law es judicialista, y por tanto más personal —el derecho es interpretado por seres humanos vivos—, mientras que en el Estado de derecho es legalista y por tanto más impersonal, los jueces son aplicadores mecánicos, según el decimonónico da mihi factum, dabo tibi ius —casi como un buen ordenador—. En el rule of law original los jueces, seres humanos vivos, no eran civil servants (funcionarios); y no solo eran independientes, como todo juez, sino que eran como una corporación estamental, que se trataban entre ellos como brethren; como una cofradía de cuidadores de un depósito confiado a su interpretación. Ni siquiera el government of laws and not of men americano era abstracto ni despersonalizado(11).

c) Tercero, el rule of law parte, o partía, de que el derecho ya existe y está «en el pecho de los jueces», y también de unos birthrights, mientras que el Estado de derecho concibe los derechos como posteriores al Estado y a su legislación, o, al menos, tras 1945, a la Constitución. Para el Rechtsstaat del XIX no hay sino autolimitaciones del Estado; para el rule of law las limitaciones eran extrínsecas (derechos innatos, justicia natural, derecho histórico y, por ello, dado).

Con todo, los Estados de derecho posteriores a 1945, como el alemán, y luego el español y otros, se autoproclaman Estados de derecho de unos Grundrechte prelegales e incluso preconstitucionales, así como de la dignidad humana, como hace el radical artículo 10.1 de nuestra Constitución —el más importante, para muchos, hasta que llegó el nuevo y dudosamente constitucional 135—. En su formulación literal, la Grundgesetz y la Constitución española son marcadamente iusnaturalistas: admiten realidades anteriores a sí mismas, protegen el «contenido esencial» de los derechos y distinguen «ley» de «derecho» (cuánto se refleje eso en nuestra práctica, es otra cuestión).

d) Cuarto, el Estado de derecho tiene más vocación de actuación positiva del estado; de ahí el «Estado social y democrático de derecho», y etiquetas parecidas. El rule of law subraya ante todo la sumisión del poder al derecho. Por eso tendría poco sentido decir que España es un social and democratic rule of law, mientras que tiene sentido decir que el gobierno, aparte de someterse al rule of law, pone en práctica el welfare state, pero como cosa diferente. Así, el welfare puede expandirse o

retraerse sin afectar la vigencia del rule of law, mientras que los recortes de nuestro Estado social recortan también el Estado de derecho, como muestra la actual crisis. En teoría, podría no ser así; en nuestra práctica, no tanto.

e) Una última diferencia interesante es que se puede hablar, con las debidas precauciones, de un rule of law internacional, idea que está lejos de ser nueva, pero nunca se podrá hablar —esperemos— de un Estado de derecho internacional, que implicaría un Estado de monstruosas dimensiones, con una concentración del poder proporcional a ello y, por lo mismo, mucho más difícil de someter al derecho. Como el rule of law no necesariamente implica «estado» ni «soberanía», no ve inconvenientes insuperables en transcender las fronteras y adaptarse a un mundo sin auténticos estados y con soberanías solo originarias.

FINIS

Las cosas no están como en tiempos de Dicey, y en Inglaterra también ha retrocedido el control sobre el poder, como en tantos sitios y, en algún aspecto, más. En cambio, en Alemania el gobierno está mucho más sometido al derecho hoy que en tiempos de Dicey.

Decíamos que en una valoración general parece haberse aproximado más el modelo continental al inglés. Nada raro; lo mismo sucede con el «bloque de la constitucionalidad», o, más aún, con la difusa y no codificada Constitución europea.

Pero esto nos lleva a una interesante cuestión. La Unión, cada día más poderosa, debe someterse al derecho. Pero como no es un Estado, no hay un Estado de derecho europeo, por alambicadas denominaciones que se busquen, como «Comunidad de derecho». Por la experiencia de la Unión, de momento su tipo de sumisión a derecho parece también más próximo al rule of law por tres razones.

Primera, porque reconoce tradiciones jurídicas, principios, derechos fundamentales y jurisprudencias anteriores o no producidas por ella, sino por Estrasburgo o Karlsruhe. No siendo un Estado, no pretende ser anterior al derecho. Segunda, porque su derecho no está monopolizado por la ley, sino que es bastante pluralista, aunque con matices. Tercera, porque su imperio del derecho ha sido abiertamente judicialista desde el principio, incluyendo algún exceso de activismo judicial, y los primeros pasos de la constitucionalización europea fueron dados por jueces. No ignoramos que la gestión de la actual crisis financiera está produciendo una no pequeña mutación constitucional de la Unión⁽¹²⁾, que apuntaría en unas direcciones más estatistas y desfavorables para el rule of law, pero no más favorables a ninguna otra forma de sumisión del poder al derecho.

Curiosamente, el premoderno rule of law podría sernos más útil hoy que el moderno Estado de Derecho... o no tan curiosamente, pues algo semejante está sucediendo con el estado y el derecho.

Nota bene: Pido perdón por las inevitables simplificaciones. El panorama dibujado es más bien clásico, pero sin ignorar que ningún modelo ha estado inmóvil; si el rule of law no era «puro» ni cuando Dicey lo dibujó (1885), mucho menos hoy.

Me he basado en algunas obras mías anteriores: Lecciones de Teoría Constitucional y Otros escritos (última ed., Madrid, 2010), El ejemplo constitucional de Inglaterra (2ª ed., México, 2010), Rule of Law o Estado de Derecho (Madrid, 2003) y «A Constituição como Direito» (Bol. Fac. Direito U. Coimbra, 75 (1999), 219-277).

NOTAS

(1) The Law of the Constitution, 1ª ed. 1885.

(2) Eberhard Schmidt-Assmann, «Der Rechtsstaat», p. 1002; en Isensee, J., y Kirchhof, P., Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, I, varias eds., 987-1043 en la de 1987.

(3) Juez Marshall, caso Marbury v Madison, 1803.

(4) En España, con motivo de la crisis financiera: se gobierna en buena medida por decreto y por ley ordinaria y no pocas medidas son contrarias a la Constitución. Nadie parece fijarse mucho en eso —por ejemplo, que la autonomía universitaria está garantizada por la Constitución y que debería ser invulnerable a una norma administrativa hacendística—. Y el Gobierno pide tanto respeto por esas normas infra o anticonstitucionales como si fueran el Código de Justiniano.

(5) Ernesto Rey Cantor, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derecho Humanos, México, Porrúa, 2008.

(6) «The Rule of law vs. the Rule of Judges: A Plea for Legal Pluralism», Political

Thought (Kiev), 3 (1997), 31-55.

(7) De Alemania se ha dicho que es más un Rechtswegestaat que un Rechtsstaat.

(8) Report on Remedies in Administrative Law, 1976. Desde hace varios decenios las libertades y la sumisión del poder al derecho en Inglaterra retroceden y el poder aumenta su control sobre los ciudadanos.

(9) La supremacy of law de Dicey no es soberanía sino «imperio» del derecho, sumisión al derecho.

(10) José J. Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra, 1982; «¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?», Rev. Esp. de Derecho Constitucional 43 (1995), 9-23.

(11) Jennings, The Queen's Government, Harmondsworth, 1954, p. 9. En esa castiza y larga descripción (pp. 9-11) el rule of law se sustenta en la judicatura, la prensa, el Parlamento y la policía; por tanto, es algo no solo legal, y se sostiene sobre más apoyos que los jueces. Hoy, el Parlamento ha dejado de cumplir satisfactoriamente su misión, mientras que los otros apoyos tampoco atraviesan su finest hour. Huelga decir que no todos los contemporáneos de sir Ivor compartían esa visión merry old England.

(12) Concurring opinion del juez F. Frankfurter, caso United Mine Workers of Ame-rica, 1947.

Fecha de creación

28/02/2014

Autor

Antonio-Carlos Pereira Menaut

Nuevarevista.net