

# *Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit*

RAINER GROTE\*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

- I. PRECEDENTES MEDIEVALES
  - 1.1. El Estado de Derecho en la tradición del *common law*
    - 1.1.1. El Estado de Derecho como rasgo distintivo en la Constitución inglesa
    - 1.1.2. La tradición del *common law* y el nacimiento del constitucionalismo americano
  - 1.2. El Estado y la ley del continente
    - 1.2.1. El concepto alemán de *Rechtsstaat* y el ascenso del positivismo legal
    - 1.2.2. Supremacía de *la loi* y desconfianza de los jueces en Francia
- II. EL ESTADO DE DERECHO EN LA ERA DEL CONSTITUCIONALISMO
  - 2.1. El retorno a un concepto sustantivo *Rechtsstaat* en Alemania
  - 2.2. La emergencia del *État de Droit* en la Francia de la postguerra
  - 2.3. Soberanía parlamentaria y *rule of law* en Gran Bretaña
  - 2.4. La Constitución de los Estados Unidos y el *rule of law*
- III. CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

La idea de un Estado de Derecho como un medio de restricción del ejercicio del poder político al que se somete a ciertos principios de orden cívico tiene una larga tradición en el pensamiento político occidental, cuyas raíces pueden rastrearse hasta las teorías de los filósofos griegos y romanos.<sup>1</sup> Los términos *Rechtsstaat*, *État de Droit*, y *rule of law*, sin embargo, son de un origen más reciente. La noción de *Rechtsstaat* fue introducida en el debate constitucional y político de Alemania a comienzos del siglo diecinueve por Robert von Mohl, una de

\* El autor es investigador del Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht de Heidelberg (Alemania).

<sup>1</sup> Alessandro Passerin d'Entreves, *La dottrina dello stato* (1962), pg. 103-110; Edward S. Corwin, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, en: Richard Loss (ed.), *Corwin on the Constitution*, vol. I (1981), pg. 82-90.

las más célebres figuras de la escuela de pensamiento liberal en la teoría del Derecho constitucional y administrativo de Alemania de aquella época.<sup>2</sup> De otro lado, en Francia no fue sino hasta después de la segunda mitad del siglo veinte que el término *État de Droit* se hizo familiar entre los académicos. Su principal teórico fue uno de los renombrados profesores de Derecho público de entreguerras, Carré de Malberg, quien tuvo un conocimiento íntimo del debate alemán sobre el principio del *Rechtsstaat* (enseñó en la Universidad de Estrasburgo) y trató de adaptarlo a las necesidades francesas.<sup>3</sup> En Gran Bretaña, el *rule of law* surgió por primera vez como un concepto distintivo de la doctrina constitucional inglesa en defensa de lo que Dicey consideró ser las características peculiares de la Constitución inglesa contra las tendencias prevaletientes en la teoría constitucional del continente de esa época, a saber del uso de constituciones escritas y de la emergencia del *droit administratif*.<sup>4</sup>

No obstante un número de diferencias relativas a sus implicaciones y políticas, a las que se hará referencia con mayor detalle en secciones posteriores de este ensayo, los conceptos de *rule of law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit* comparten un concernimiento común por el control del poder político basado en la percepción de la falibilidad y arbitrariedad inherente del ser humano, un concernimiento que ya había sido discutido en las obras de los filósofos antiguos, de los cuales el más notable fue Aristóteles para quien el gobierno por la ley es superior al gobierno por los hombres.<sup>5</sup> Como ideal político que da forma la operación de las

<sup>2</sup> Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2 volúmenes (1832-33). Sobre los orígenes del término *Rechtsstaat*, ver Ulrich Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, en Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages* (1960), p. 229.

<sup>3</sup> *Contributions à la théorie générale de l'État*, volumen I (1920), pp. 488 y ss.

<sup>4</sup> A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, segunda edición, (1886), p. 169 y ss.

<sup>5</sup> Aristóteles, *Política*, libro III, 15-16: «Investir a la ley con autoridad es, al parecer, investir a Dios y la razón; investir a un hombre es introducir un animal, ya que el deseo es algo bestial, y aun el mejor de los hombres con autoridad es susceptible de ser corrompido por la pasión. Podemos concluir entonces que la ley es razón sin pasión y es por lo tanto preferible a cualquier individuo». La frase «un imperio de la ley y no de los hombres» fue muy común en la tradición legal inglesa y americana del siglo dieciocho y fue repetida casi a la letra en la Constitución de Massachusetts de 1780; ver Edward S. Corwin, *The worship of the Constitution*, en: *Corwin on the Constitution* (nota 1), p. 49.

instituciones legales y la creación y aplicación de reglas legales en una sociedad, el *rule of law* o *Rechtsstaat* pertenecen a la categoría de conceptos abiertos que están sujetos a un debate permanente y tienen que ser constantemente redefinidos para adaptarse a las necesidades de un contexto político y legal en cambio constante.<sup>6</sup> De esta manera, las ideas sobre el contenido del Estado de Derecho evoluciona en la medida en que lo hacen las ideas sobre los propósitos inherentes al gobierno y al significado de la legalidad. Se ha señalado correctamente que la noción de Estado de Derecho no tiene en sí misma carácter absoluto sino histórico.<sup>7</sup> La implementación del ideal de Estado de Derecho depende, por lo tanto, de las tradiciones políticas y legales predominantes relativas a su implementación. Estas tradiciones han variado considerablemente en el pasado de un país a otro. La primera parte de este ensayo describe los principales rasgos del pensamiento legal y político en algunos de los más importantes órdenes legales de occidente que han desarrollado conceptos sensiblemente diferentes del Estado de Derecho. La segunda parte examinará las principales adaptaciones conceptuales e institucionales bajo las cuales estos conceptos operan hoy en día. Sobre esta base será posible evaluar hasta qué punto, si hay alguno, se ha dado una convergencia en las diferentes tradiciones nacionales.

## I. PRECEDENTES MEDIEVALES

La edad media concibió la relación entre la autoridad política y el Derecho en términos marcadamente distintos a los que prevalecen hoy

---

<sup>6</sup> Ernst Wolfgang Böckenforde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, en *Recht, Staat, Freiheit* (1991), p. 143; José Juan Encinar, *Rechtsstaatlichkeit in Spanien*, en Rainer Hofmann/Joseph Marko/Franz Merli/Ewald Wiederin (eds.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa* (1996), p. 172. El carácter dinámico, orientado hacia los valores del principio del Estado de Derecho es discutido ampliamente en la Decisión fundamental de la Corte Constitucional checa sobre la constitucionalidad de la ley que proclama la ilegalidad del régimen comunista del 21 de Diciembre de 1993, ver Rainer Grote, *Das Rechtsstaatprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungspraxis*, en: Jochen Abr. Frowein/Thilo Marauhn (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa* (1998), p. 11-12.

<sup>7</sup> Harold Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), pp. 11 y ss.

día. El Estado como entidad política abstracta aún no existía, la autoridad política correspondía a la persona del rey o del emperador. La concepción dominante del Derecho resaltaba su carácter consuetudinario, su naturaleza como un organismo vivo que derivaba su fuerza vinculante del hecho de que el rey y la gente lo aceptaban voluntariamente.<sup>8</sup> Cuando los papas<sup>9</sup> y los reyes<sup>10</sup> comenzaron a invocar el poder no solamente de interpretar las reglas existentes, sino también el de crear una nueva ley, lo hicieron como representantes de Dios. La idea de una suerte de ley superior e inmutable, la idea de una ley de Dios y de la naturaleza, fue la que prevaleció en la edad media.<sup>11</sup> Aun cuando se admitía que los jueces no tenían capacidad para cuestionar los actos del rey, que ningún mandato judicial puede dictarse contra el rey y que el rey «debe» obedecer sus propias leyes pero no puede exigírsele legalmente que lo haga, también se reconocía que sus súbditos tenían derecho a desobedecer sus órdenes si violaban una ley fundamental.<sup>12</sup> Juristas medievales tales como Bracton decían que no es el rey quien hace la ley sino la ley quien hace al rey, (*lex facit regem*).<sup>13</sup>

La doctrina medieval de que una ley superior subsistió en la modalidad de teorías del derecho natural cuando la autoridad viene a adquirir un carácter secular cada vez mayor y su soberanía era reconocida explícitamente por abogados y teóricos políticos. En la teoría de Jean Bodino, quien dio a la teoría de la soberanía su forma clásica, el monarca, aun cuando seguía siendo considerado como *legibus solutus*, seguía obliga-

<sup>8</sup> J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (1955), p. 14. Gough refuta convincentemente la aserción de Charles H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its supremacy* (1910), p. vii, de que en Inglaterra no había legislación, en el sentido de crear una nueva ley, después de la conquista normanda.

<sup>9</sup> El papa Gregorio VII fue el primero en invocar el poder de «crear nuevas leyes de acuerdo a las necesidades de los tiempos» en los Dictados Papales (*Dictatus Papae*) de 1075, ver Berman (nota 7), p. 96; Dieter Wyduckel, *Ius Publicum* (1984), pp. 96-98.

<sup>10</sup> Michael Stolleis, *Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung im 17. Jahrhundert*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germanistische Abteilung 101 (1984), pp. 94-96.

<sup>11</sup> Corwin, ob. cit., p. 90.

<sup>12</sup> Berman, ob. cit., p. 293.

<sup>13</sup> Ernst H. Kantorowicz, *Die zwei Körper des Königs. Eine Studie zur politische Theologie des Mittelalters*, segunda edición (1994), pp. 159 y ss.

do por su deber de respetar las leyes de Dios, de la naturaleza y ciertas leyes fundamentales del reino, tales como la ley sálica que normaba en Francia la sucesión al trono.<sup>14</sup> Aun en aquellos países en Europa continental donde se estableció una monarquía absoluta dentro de las líneas expuestas por Bodino y sus sucesores, las restricciones sobre la soberanía real derivadas del derecho natural fueron todavía reconocidas hasta fines del siglo dieciocho e impidieron de modo efectivo la emergencia de una doctrina del poder ilimitado del Estado.<sup>15</sup> No fue sino hasta después que perdieron su carácter vinculante los límites impuestos sobre el poder político por las doctrinas del *ius divinum* y el derecho natural, que surge la necesidad de desarrollar un concepto secular de Estado de Derecho basado en un elaborado sistema de controles y restricciones legales y judiciales.<sup>16</sup>

## 1.1. El Estado de Derecho en la tradición del *common law*

### 1.1.1. *El Estado de Derecho como rasgo distintivo de la Constitución inglesa*

Desde finales de la edad media Inglaterra siguió un patrón de desarrollo constitucional que era considerablemente diferente del que se observa en la mayoría de países en el continente europeo. En la lucha por el poder entre la Corona y el Parlamento en el siglo diecisiete las Cortes resistieron los intentos de los reyes de la dinastía Estuardo de elevar el rango de la prerrogativa real sobre la ley ordinaria del país. Tan temprano como 1610 la Corte decidió que el rey no tenía el poder de cambiar la ley en asuntos importantes por una decisión unilateral de su parte; el rey no tenía otra prerrogativa que la que las leyes del país le permitían mantener.<sup>17</sup> En el igualmente famoso *Case of Prohibitions*

<sup>14</sup> Gough, ob. cit., p. 53.

<sup>15</sup> Christoph Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit* (1979), p. 89, con relación a la situación en el Sacro Imperio Romano.

<sup>16</sup> Michael Solleis, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, volumen 1 (1988), p. 181-182; el término *Rechtsstaat*, en el diccionario de Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (editores), *Hanwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, volumen 4 (1990), columnas 368-369.

<sup>17</sup> *Case of Proclamations* (1610) 12 Co. Rep. 74.

donde se sostuvo que el monarca no puede actuar como juez en casos particulares, y que dependía de las Cortes para la administración de justicia, Coke C.J. citaba la Decisión de Bracton de que el rey no estaba sobre sino debajo de la ley: «*quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*».<sup>18</sup> El fin de la dinastía Estuardo y del acuerdo constitucional a fines del siglo diecisiete confirmó la preeminencia de la ley ordinaria del país. Los cambios en la ley no podían hacerse unilateralmente sino que dependían de la cooperación y consentimiento de los diferentes grupos e intereses representados en el Parlamento.<sup>19</sup>

En Inglaterra la idea de una ley fundamental contra la cual el ejercicio de la autoridad política debía ser medida no permaneció como una idea abstracta sino que se hizo efectiva en la práctica por las reales Cortes que administraban el *common law*. El *common law*, sin perder en absoluto su condición de ley positiva, fue ungido de una dignidad peculiar, reflejando una convicción ampliamente compartida de que era la más alta expresión de la razón natural desarrollada y enunciada por la sabiduría colectiva de muchas generaciones.<sup>20</sup> A la visión de que el *common law* encarnaba una suerte de ley fundamental la cual se encontraba encima antes que debajo de las leyes del Parlamento y de las ordenanzas reales se le dio reconocimiento oficial en la famosa Decisión del juez Coke en *Dr. Bonham's Case*:

Y aparece en nuestros libros que en muchos casos el *common law* controla las leyes del Parlamento, y algunas veces determina que ellas son totalmente nulas: porque cuando una ley del Parlamento está contra el derecho y la razón comunes, o le repugnan, o resulta imposible que se ejecute, el *common law* la controlará y juzgará que tal ley es nula [...].<sup>21</sup>

La diferencia con los conceptos prevalecientes en otros países europeos era impresionante y reconocida ya en aquella época. El propio Rey James I, quien estaba en una posición privilegiada para comparar las diferentes tradiciones legales en su condición de monarca de Ingla-

<sup>18</sup> Prohibitions del Roy (1607) 12 Co. Rep. 63.

<sup>19</sup> Kenneth Dyson, *The State Tradition in Western Europe* (1980), p. 39.

<sup>20</sup> Edward S. Corwin, The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts, en *Corwin on the Constitution* (nota 1), p. 197.

<sup>21</sup> 8 Co. Rep. 113b.

terra y Escocia (que eran por entonces dos estados separados), señaló el relativamente modesto alcance del concepto de ley fundamental en Escocia en comparación con la más amplia aplicación de los principios del *common law* en Inglaterra. Mientras que en Escocia, decía él, las leyes fundamentales se referían solamente a aquellas leyes «mediante las cuales se evita la confusión, y se mantiene la sucesión de la monarquía», en Inglaterra el *common law* cubría todas «las leyes fundamentales del Reino, ya concernieran a las prerrogativas de la Corona, las posesiones de los Súbditos, y en cualesquiera cuestiones, ya sea entre el Rey y cualquiera de ellos, o entre ellos mismos en asuntos relativos a lo mío y a lo tuyo».<sup>22</sup>

La idea de que era en principio la ley ordinaria del país la que protege las libertades de la gente contra reglas o actos arbitrarios se mantuvo cuando la idea antigua de ley fundamental en los últimos siglos fue gradualmente reemplazada por la noción más moderna de constitución. Para Blackstone los derechos y libertades de los ingleses estaban en la base de la Constitución inglesa o en la forma de gobierno. En su análisis los poderes y privilegios del Parlamento, la limitación de las prerrogativas reales y el acceso a las Cortes, entre otras cosas, fueron meramente «derechos auxiliares subordinados» del sujeto, diseñados para proteger y mantener inviolados los tres «derechos primarios» de todo inglés, a saber, la seguridad personal, la libertad personal y la propiedad privada.<sup>23</sup> Esta perspectiva fue compartida más de un siglo después por Dicey en su exposición magistral sobre el *rule of law* en Inglaterra

[...] entre nosotros la ley de la Constitución [...] no es la fuente sino la consecuencia de los derechos de los individuos según como ellos son definidos y aplicados por las Cortes [...] los principios de derechos privado han estado entre nosotros tan extendidos como consecuencia de la acción de las Cortes y del Parlamento que determinan la posición de la Corona y de sus súbditos; de tal modo que la Constitución es el resultado de la ley ordinaria del país.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> The Political Works of James I, editado por Charles H. McIlwain, New York, 1918, p. 300, citado por Gerald Stourzh, Grundrechte zwischen Common Law and Verfassung, en: *Wege zur Grundrechtsdemokratie* (1989), p. 79.

<sup>23</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, volumen I (1765, reimpresión de 1983), p. 136.

<sup>24</sup> Dicey, ob. cit., p. 218.

Toda vez que la esencia misma del *common law* consistía en la protección de la libertad individual, no había necesidad de crear un cuerpo especial de «derecho público» con el fin de imponer límites legales para el ejercicio del poder político o administrativo. El remedio apropiado debía encontrarse en la aplicación uniforme de las reglas ordinarias en los casos de infracción de la, ya sea que esta fuera perpetrada por funcionarios del Gobierno o por individuos particulares: «Lo que queremos decir [...] cuando hablamos del *rule of law* [...] no solamente que entre nosotros ningún hombre está sobre la ley, sino que [...] cualquier hombre, sea cual fuese su rango o su condición, está sujeto a la ley ordinaria del reino y sujeto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios».<sup>25</sup>

Hubo, sin embargo, una debilidad inherente en el concepto de *rule of law* tal como lo expuso Dicey: el propio Parlamento no estaba sujeto a ninguna ley superior en el ejercicio de sus poderes legislativos. Sobre la base de la doctrina de la soberanía Parlamentaria, la que emergió como un principio central de la Constitución inglesa en los años posteriores a la Revolución Gloriosa, el Parlamento era libre, de acuerdo a la clásica definición de Dicey, de «hacer o deshacer cualquier ley» y ninguna persona o cuerpo fuera del Parlamento tenía derecho de derogar o hacer caso omiso a una ley del Parlamento.<sup>26</sup> Si la legislación aprobada por el Parlamento no fue considerada como una gran amenaza al *rule of law* hasta el siglo veinte ello ocurrió debido a la posición peculiar del Parlamento entre las instituciones inglesas. Sobre las bases del acuerdo constitucional de 1688 el poder legislativo le correspondía no a un gobernante autocrático sino a un cuerpo elegido, lo cual significaba que el proceso de aprobación de las leyes permanecía sujeto al control de los diferentes grupos e intereses representados en el Parlamento. Más aun, la aprobación de leyes tuvo un papel menor en el desarrollo general del derecho, que procedió principalmente a partir de las decisiones de los tribunales que interpretaban el *common law*. Sea como fuese, las leyes que adoptaba el Parlamento tenían que ser aplicadas por las Cortes, las cuales, aun cuando reconocían su deber de deferir a la voluntad de la asamblea legislativa, construía las reglas de la ley en conformidad con los derechos y libertades protegidos por los principios establecidos del *common law*, a menos que el Parlamento explícitamente declarara su

<sup>25</sup> Dicey, ob. cit., pp. 179-180.

<sup>26</sup> Dicey, ob. cit., p. 36.

propósito de derogar tales libertades. Sobre todas las cosas debe tenerse presente que históricamente el poder de dictar leyes que tenía el Parlamento se desarrolló a partir de las funciones judiciales que cumplía en sus orígenes como consejero del rey en materia legal —la designación tradicional que le correspondía como «Alta Corte del Parlamento» tiene sus orígenes en este periodo— así como que la mayor parte del tiempo no existía una distinción clara entre sus funciones legislativas y judiciales. Todavía a fines del siglo diecinueve, cuando Dicey escribía su famosa *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, el Parlamento todavía era visto como una corte más que como una asamblea legislativa:

Tales principios [...] según como pueden ser advertidos en la Constitución inglesa son [...] meras generalizaciones tomadas ya de las decisiones o dictados de los jueces, o de las leyes las cuales, habiendo sido aprobadas para hacerse cargo de desagavios especiales, mantenían una semejanza cercana a las decisiones judiciales, y eran en efecto juicios pronunciados por la Alta Corte del Parlamento.<sup>27</sup>

A partir de esta perspectiva tradicional las Leyes del Parlamento difícilmente podría asumirse que fueran otra cosa que el «debido proceso de la ley».<sup>28</sup>

### *1.1.2. La tradición del common law y el nacimiento del constitucionalismo americano*

La situación era fundamentalmente diferente en las colonias americanas en el siglo dieciocho, donde los colonizadores se vieron confrontados con un Parlamento británico que les imponía cargas financieras sin tomar en cuenta sus intereses legítimos. Esta conducta no podía obviamente ser considerada como «debido proceso», ya que los colonizadores no tenían representación en la asamblea legislativa británica y por lo tanto no recibían audiencia ni eran escuchados en relación con las medidas legislativas propuestas. El punto no pasó desapercibido entre los críticos de la legislación británica. En la Cámara de los Lores un abogado eminente, *Lord Camden*, contradujo la competencia de la asam-

<sup>27</sup> Dicey, ob. cit., p. 212.

<sup>28</sup> Gough, ob. cit., p. 27-28.

blea legislativa para aprobar el *Stamp Act* en razón de que violaba el principio de acuerdo al cual los tributos era legítimos solamente cuando la gente afectada consentía en ellos a través de sus representantes y denunció el *Declaratory Bill* que posteriormente afirmó los poderes soberanos de la Corona y del Parlamento sobre las colonias en oposición a la resistencia de los colonizadores a la que se calificó como «contraria a las leyes fundamentales de la naturaleza».<sup>29</sup> En las colonias, la agitación creciente contra lo que se percibía como el dominio arbitrario de la madre patria favoreció la resurrección de las teorías del derecho natural que habían sido originalmente desarrolladas como un arma en la lucha de las Cortes de *common law* en Inglaterra en su lucha contra la supremacía real. Tan temprano como 1761 se afirmó, en explícita referencia a la invocación de Coke sobre el «derecho y razón comunes» en *Dr. Bonham's Case*, que una ley del Parlamento contra la equidad natural era nula.<sup>30</sup> Ese fue el inicio de un desarrollo que llegó a establecer firmemente, como característica principal de la emergente doctrina de Derecho constitucional americano, la idea de que el ejercicio de los poderes de las asambleas legislativas estaba regido por alguna ley superior. Ya había recibido reconocimiento judicial en diversos estados<sup>31</sup> cuando la Corte Suprema adoptó oficialmente la doctrina de la revisión judicial de la acción legislativa en el famoso caso *Marbury versus Madison*.<sup>32</sup>

El triunfo de esta doctrina se sustentaba en diversos supuestos los cuales marcaron un apartamiento notable de la tradición política y legal británica. Lo central del concepto americano de *rule of law* era la idea —típica de la era de la Ilustración— de una constitución escrita como una declaración válida y legalmente vinculante del soberano (en el caso americano, de la gente) sobre la estructura básica de las principales instituciones del país y sobre las principales libertades de que gozan sus ciudadanos. Este concepto implicaba una distinción entre el poder constituyente que había adoptado la constitución y las instituciones de gobierno que operaban sobre su base, así como una jerarquía de normas,

<sup>29</sup> Gough, ob. cit., p. 193-194.

<sup>30</sup> Edward S. Corwin, *The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts*, en: *Corwin on the Constitution*, p. 199.

<sup>31</sup> Edward S. Corwin, *The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention*, en *Corwin on the Constitution*, p. 199.

<sup>32</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

quedando en principio la aprobación de las leyes por la asamblea legislativa sujeta a las disposiciones de la Constitución. Los principios de equidad natural o de derecho divino que constituyeron la espina dorsal del concepto de ley superior hasta el siglo dieciocho fueron de este modo reemplazados por un texto escrito que, no obstante ser formulado a menudo en términos amplios, constituía una base más confiable para el escrutinio del ejercicio del poder público. Igualmente importante fue que la teoría de la Ilustración, en particular las renombradas obras de Montesquieu, proporcionaron un concepto moderno de la separación de poderes con el que se daría forma al sistema de *checks and balances* entre las diferentes ramas del Gobierno que definió la Constitución americana. El nuevo concepto se basó en la clara distinción entre las funciones judiciales y legislativas, las que debían encargarse a organismos separados. Bajo la Constitución americana el Congreso, a diferencia del Parlamento británico, era indudablemente una asamblea legislativa, no una corte. Esta comprensión moderna de la separación de poderes preservada por la Constitución favoreció la visión de que la determinación autorizada del sentido de sus provisiones o cláusulas era competencia de la judicatura una vez que el carácter de ley suprema le fue oficialmente reconocido.

## 1.2. El Estado y la ley en el continente

En Europa continental, el renacimiento del derecho romano proporcionó la base para un nuevo concepto de autoridad pública que era principalmente concebido en términos del poder de aprobar leyes y por lo tanto de la capacidad inherente de reestructurar el cuerpo de leyes recibido según sus necesidades políticas. La suprema autoridad política o soberanía, como se la conoció al poco tiempo, fue descrita como absoluta e indivisible, como un poder que no toleraba ningún tipo de restricciones ni condiciones. En razón de que era a través del derecho como se expresaba la soberanía, al crear leyes de aplicación general para todos los sujetos, a la vez que para cada uno de ellos en particular, surgió el problema de cómo hacer vinculante el ejercicio de la soberanía a través del derecho de manera que pudiera preverse cualquier abuso de la prerrogativa de dictar leyes.<sup>33</sup> Esta cuestión era de limitada significación

<sup>33</sup> D'Entrèves (nota 1), págs 144-148.

práctica en la medida en que la soberanía era identificada con el monarca (de acuerdo al principio de derecho romano, frecuentemente invocado durante la edad media, «*quidquid principio placuit legis habet vigorem*»)<sup>34</sup> porque el poder del monarca, siendo absoluto en teoría, tenía en efecto límites de diversas maneras, por leyes básicas (*lois fondamentales*), como la ley sálica,<sup>35</sup> así como por el derecho consuetudinario, el cual continuaba regulando muchos aspectos del derecho privado, y la multiplicidad de los intereses organizados que formaban en conjunto la estructura corporativa de la sociedad feudal.<sup>36</sup>

La filosofía de la Ilustración y el comienzo de la industrialización a fines del siglo dieciocho, sin embargo, cambiarían de manera fundamental las ideas recibidas sobre los límites de la autoridad política y sobre la naturaleza de la ley. La filosofía de la Ilustración promovía un uso activo del poder político con el objetivo de abolir el antiguo poder feudal y su soporte en el derecho consuetudinario, y su reemplazo por un nuevo y coherente orden legal basado en las exigencias de la razón. El cambio político fundamental que trajo consigo la revolución francesa comenzó un proceso gradual de transferencia de la soberanía del monarca hacia una nueva entidad abstracta conocida como Estado, el que fue diseñado como el lugar donde se posiciona la suprema autoridad política en la comunidad. Más tarde la edad industrial y el nacimiento de la ciencia social moderna favorecerían la percepción del Derecho como estrechamente vinculado a la estructura económica y tecnológica de la sociedad y a su continua transformación, una visión que arroja dudas sobre todos los intentos de establecer límites al poder del Estado a partir de «leyes fundamentales» permanentes e inmutables.<sup>37</sup>

### 1.2.1. El concepto alemán de *Rechtsstaat* y el ascenso del positivismo legal

Los orígenes del concepto alemán de *Rechtsstaat* pueden encontrarse en la filosofía de la Ilustración, y más notablemente en la teoría

<sup>34</sup> Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, ob. cit., p. 97.

<sup>35</sup> Heinz Mohnhaupt, Die Lehre von der «lex fundamentalis» und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, en Johannes Kunisch (editor), *Der dynastische Fürstenstaat* (1982), pp. 16 y ss.

<sup>36</sup> Michael P. Fitzsimmons, *The remaking of France* (1994), pp. 3 y ss.

<sup>37</sup> Jacques Chevalier, *L'État de Droit* (1992), p. 39.

del Estado formulada por Immanuel Kant.<sup>38</sup> Kant definió el Estado como la unión de una multitud de hombres bajo leyes de justicia. Cualquier Estado legal debía basarse sobre tres principios: la libertad de cada miembro de la sociedad como ser humano, la igualdad de cada uno respecto de todos los demás como sujeto, y la independencia de cada miembro de una comunidad como ciudadano. El ciudadano debe estar involucrado, ya sea directamente o a través de sus representantes, en el proceso de creación de las leyes, las mismas que debe observar como miembro de una sociedad de tal manera que él no se somete a ninguna otra ley que aquellas en las que —ya sea por sí mismo o junto con otros— se dio a sí mismo.<sup>39</sup> El principal objetivo de esta teoría era la protección de la autonomía individual. Las leyes del Estado debían servir al propósito de asegurar la libertad individual y la propiedad (como bases necesarias de independencia). La participación de los ciudadanos en el proceso de aprobación de las leyes ayudó a conseguir este objetivo porque garantizó que las infracciones a la libertad no irían más allá de lo absolutamente necesario para proteger los fundamentos de esa misma libertad.<sup>40</sup>

La definición de Kant del Estado legal ejerció una considerable influencia sobre las teorías del Derecho constitucional liberal que se desarrollaron en Alemania durante la primera mitad del siglo diecinueve. Estas teorías rechazaron las nociones antiguas de que el Estado se había establecido para alcanzar e implementar valores morales trascendentales y religiosos. Los propósitos del Estado fueron reducidos a la preservación y promoción de la libertad personal y de la propiedad privada de los individuos. El movimiento a favor de un Estado secular y liberal incluyó la exigencia del reconocimiento de un número de libertades y derechos fundamentales, en particular la libertad personal y económica, la libertad de movimiento, igualdad, libertad de prensa, libertad de religión y de conciencia, pero también la exigencia de garantías constitucionales para la independencia de los jueces y de juicio con jurado. No incluyó, sin embargo, las demandas para la separación de poderes sobre la base del modelo americano toda vez que la mayoría de teóricos vieron en ello una amenaza a la unidad del poder del Estado la cual solo hacía poco tiempo se había alcanzado.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Scheuner, ob. cit., p. 239; Böckenforde, ob. cit., pp. 146-147.

<sup>39</sup> Para más detalles ver K. Sundaresan, *Political Philosophy of Kant* (1989), pp. 87-106.

<sup>40</sup> Böckenforde, ob. cit., pp. 147-148.

<sup>41</sup> Böckenforde, ob. cit., pp. 145-146.

La implementación del programa constitucional presentado por los liberales fue obstaculizado por la posición fuerte que los regímenes monárquicos habían retenido en los estados miembros de la Federación alemana, como resultado del acuerdo político integral al que se llegó en el Congreso de Viena. El artículo 57 del Acta Final de Viena declaraba que todos los poderes del Estado eran conferidos al rey como jefe de Estado (el llamado principio monárquico). En esta situación el concepto de ley adquirió una importancia fundamental. Sobre la base de las constituciones (monárquicas) aprobadas después de 1815, las leyes que regulaban los derechos del individuo no podían más ser dictadas válidamente por el rey de manera unilateral, porque necesitaba el consentimiento de la asamblea legislativa, un procedimiento que permitía a los representantes de la gente cierto grado de control sobre las medidas legislativas que afectaban la libertad de los ciudadanos. Estas leyes, aún más, tenían carácter vinculante sobre las autoridades administrativas, y de este modo le imponían límites legales a las actividades del ejecutivo monárquico.<sup>42</sup>

Las esperanzas liberales de una reforma constitucional de largo alcance se frustraron cuando fracasó la revolución de 1848-1849. La Constitución adoptada por la Asamblea Nacional en la iglesia de San Pablo en 1849 no solo previó una dieta federal elegida con considerables competencias legislativas así como con un catálogo detallado de derechos fundamentales, sino también una amplia jurisdicción constitucional para la Corte Suprema Imperial a la que se le asignaba la capacidad de revisar la constitucionalidad de todo ejercicio del poder público, sea este federal, estatal, legislativo, ejecutivo o judicial.<sup>43</sup> El fracaso de la revolución de 1849 dejó una marca en el desarrollo del concepto de *Rechtsstaat*. La noción fue cada vez más progresivamente adquiriendo una definición formal. De acuerdo a esta perspectiva el *Rechtsstaat* no tenía que ver con el propósito y contenido del Estado, sino solamente con el método y con el carácter mediante el cual propósitos y contenidos se hacían efectivos.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Böckenforde, ob. cit., pp. 148 y ss.

<sup>43</sup> Ver § 126 literal a) de la Constitución de la Iglesia de San Pablo (Paulskirche).

<sup>44</sup> Esta fue la famosa definición del principio de *Rechtsstaat* dada por el teórico constitucionalista conservador Friedrich Julius Stahl en *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, volumen 2, 3ra edición (1856), p. 137 : «[...] el concepto de *Rechtsstaat* [...] significa principalmente no meta y contenido de los Estados, sino sólo el tipo y carácter de su efectividad».

El avance hacia un entendimiento más formal de la idea de *Rechtsstaat* fue reforzado con la declinación del concepto de derechos fundamentales. Como parte del compromiso entre Bismarck y los liberales que aseguró el apoyo de estos para el establecimiento del Imperio Germánico, los más importantes de estos derechos como lo eran la libertad profesional y de comercio y la libertad de prensa fueron garantizados por la legislación ordinaria. No aparecieron en la Constitución de 1871. Habiendo cumplido su propósito programático, los derechos fundamentales vinieron a ser considerados como declamaciones jurídicas superfluas a las que podría renunciarse.<sup>45</sup> En un análisis clásico, uno de los académicos más renombrados de la segunda mitad del siglo diecinueve, Georg Jellinek, concluyó que los derechos civiles garantizados constitucionalmente no eran otra cosa que reformulaciones del principio general, inherente al principio del *Rechtsstaat*, de que el Estado no puede interferir ilegalmente en la libertad de los individuos.<sup>46</sup> Jellinek reemplazó el concepto de derechos fundamentales con su propia definición de «derechos públicos subjetivos», los cuales eran totalmente dependientes de la voluntad de la asamblea legislativa.<sup>47</sup> La teoría del carácter meramente programático de los derechos fundamentales persistió hasta el fin de la República de Weimar, aun cuando las provisiones sobre derechos civiles emergieron en gran número en la Constitución democrática de 1919.

La declinación de la noción de derechos fundamentales fue el resultado del surgimiento del positivismo legal que transformó el concepto de *Rechtsstaat* en la segunda mitad del siglo diecinueve en un puro principio de legalidad.<sup>48</sup> La nueva doctrina se concentraba en el desarrollo de los principios generales del derecho administrativo que proveerían al individuo con una medida suficiente de protección contra el abuso de poder de las autoridades administrativas. Su elemento principal era el

---

<sup>45</sup> Gertrude Lübke-Wolff, *Safeguards of Civil and Constitutional Rights - The Debate on the Role of the Reichgericht*, en Hermann Wellenreuther (editor), *German and American Constitutional Thought* (1990), p. 354.

<sup>46</sup> Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, segunda edición (1905), p. 103.

<sup>47</sup> Michael Stolleis, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, volumen II (1992), p. 375.

<sup>48</sup> Stolleis, ob. cit., p. 381 y ss.; Scheuner, ob. cit., p. 244; Böckenforde, ob. cit., p. 155-156.

principio de que la Administración solamente podía interferir en la libertad personal o en la propiedad privada sobre la base de la autorización legal que le confería capacidad para hacerlo. Las decisiones tomadas por la Administración en casos individuales quedaban sujetas a control judicial sobre su legalidad. La controversia sobre si los poderes de revisión en casos relativos al ejercicio de poderes administrativos debía o no ser transferida a los tribunales ordinarios o a una jurisdicción administrativa especial<sup>49</sup> fue resuelta en favor de la última. La independencia de los jueces de derecho administrativo fue garantizada en términos similares a aquellos de que gozaban los jueces en las Cortes ordinarias. La idea de la revisión judicial de las leyes, de otro lado, fue rechazada en el nivel federal. Solo volvió a aparecer durante la República de Weimar pero aun entonces mantuvo un nivel de significación limitado.<sup>50</sup>

### 1.2.2. *Supremacía de la loi y desconfianza de los jueces en Francia*

El desarrollo constitucional desde fines del siglo dieciocho en Francia se basó en principios sustancialmente distintos que aquellos que dominaron el debate alemán sobre el principio del *Rechtsstaat*. La revolución de 1789 hizo del respeto por los derechos fundamentales y la separación de poderes una condición oficialmente reconocida del ejercicio legítimo de la autoridad pública. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano declaraba solemnemente que «cualquier sociedad en la que no están garantizados los derechos o en la que no se ha definido la separación de los poderes del Estado no tiene Constitución». La idea de la supremacía de la Constitución fue ampliamente admitida en Francia después de 1789; aun cuando el nuevo soberano, la nación francesa, retuvo el derecho de cambiar la Constitución, solo podía hacerlo si se seguían las formas que ella misma había prescrito en la misma Constitución.<sup>51</sup> A diferencia del constitucionalismo

<sup>49</sup> Böckenforde, ob. cit., pp. 153-154.

<sup>50</sup> Lübke-Wolff, ob. cit., p. 353 y ss.

<sup>51</sup> Ver, por ejemplo, el Título VIII, artículo 8, de la Constitución del 3 de Setiembre de 1791: «Aucun des Pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties, sauf les réformes qui pourront y être faites par la voie de la révision».

americano, sin embargo, la teoría constitucional francesa no consiguió desarrollar mecanismos efectivos para defender en la práctica la supremacía de la Constitución. La propuesta de un *Jurie constitutionnaire* formulada por Abbé Sieyès, que habría encomendado la misión de examinar las denuncias constitucionales presentadas por ciudadanos respecto de las violaciones presuntas de la Constitución a un cuerpo de representantes especialmente seleccionados para este propósito, no encontró acogida entre los revolucionarios.<sup>52</sup> El poder conferido al Senado para anular cualquier acto constitucional, incluyendo a las leyes, bajo la Constitución napoleónica<sup>53</sup> sirvió puramente para propósitos políticos, dado que el Senado era meramente un instrumento en las manos del Emperador para afirmar su control sobre las otras instituciones del Gobierno. El carácter precario de los documentos constitucionales franceses en el siglo diecinueve, que a menudo duraban solo unos pocos años antes de que fueran reemplazados por otro texto, así como la creciente naturaleza técnica de las cláusulas constitucionales que resultaba de la rápida sucesión de diferentes regímenes políticos, debilitaron todavía más el principio de la supremacía de la Constitución.

Después que la forma republicana de gobierno quedó firmemente establecida en la Tercera República, el Estado de Derecho fue progresivamente concebido como el Estado de Derecho tal cual era definido por el Parlamento a través de la ley (*principe de légalité*).<sup>54</sup> Esta visión podía encontrar respaldo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que había dejado la implementación de los diversos derechos individuales a la ley y había confirmado expresamente su *status* especial como la expresión de la voluntad general. Esta veneración de la ley debía mucho a la filosofía política de la Ilustración, a la cual, especialmente en los escritos de Jean-Jacques Rousseau, había adjudicado calidad casi divina (*culte de la loi*).<sup>55</sup> Según esta perspectiva, era

<sup>52</sup> Georges Burdeau, *Traité de science politique*, volumen 3, Le Statut du pouvoir dans l'Etat (1950), pp. 368-370.

<sup>53</sup> El artículo 21 de la Constitución del 22 Frimario, año VIII, disponía: «Il [el Senado conservador] maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnelles par le Tribunal ou par le gouvernement».

<sup>54</sup> Chevallier (nota 37), pp. 29 y ss.

<sup>55</sup> Ver Georges Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de la loi en droit français*. Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique 9 (1939), pp. 9 y ss.; Jean-Marie Cotteret, *Le pouvoir législatif en France* (1962), pp. 9 y ss.

inconcebible que la ley, como expresión de la voluntad general pudiera en modo alguno infringir las libertades de los ciudadanos. La mera generalidad de su voluntad excluía cualquier acto arbitrario dado que el vicio de la arbitrariedad estaba asociado exclusivamente con la búsqueda de intereses individuales y de grupo. El Estado de Derecho era así alcanzado si la voluntad del legislador prevalecía y la Administración podía actuar solamente sobre la base de las instrucciones en ella contenidas (lo cual implicaba la estricta subordinación de los decretos del ejecutivo a la ley parlamentaria, otra característica distintiva de la teoría del derecho público francés posterior a 1789).<sup>56</sup> No fue por lo tanto sorprendente que bajo la Tercera República que se fundó a partir de un compromiso explícito con la tradición de la revolución francesa, la idea del Estado de Derecho se identificara con el concepto de soberanía parlamentaria y su corolario, el principio de legalidad.

Otra característica esencial del concepto de Estado de Derecho en Francia a partir de la revolución ha sido la suspicacia frente al Poder Judicial tanto entre los políticos como entre los teóricos de la ley. Es el resultado de la experiencia negativa con las Cortes reales o *Parlements* en la Francia prerrevolucionaria, que no solamente habían interferido en el trabajo de la administración de la Corona sino que también habían impedido las limitadas reformas legislativas que pretendía introducir la monarquía rehusándose a registrar los edictos reales.<sup>57</sup> Los revolucionarios prohibieron a los jueces que se entrometan en el ejercicio del poder legislativo, ya sea asumiendo jurisdicción mediante sus decretos, o impidiendo o suspendiendo la ejecución de las leyes.<sup>58</sup> Para excluir toda intrusión dentro de la Administración, similar a aquellas de las que eran responsables los parlamentos anteriores, se les prohibió la posibilidad de citar a sus despachos a los miembros de la Administración para investigar actos por ellos realizados en el ejercicio de sus funciones. La facultad de decidir respecto a las controversias administrativas fue confiada a los propios cuerpos administrativos.<sup>59</sup> La prohibición impuesta a

---

<sup>56</sup> Chevallier, ob. cit., p. 26 y ss.

<sup>57</sup> Jean Brissaud, *A History of French Public Law* (1969), p. 653; L. Neville Brown/John S. Bell, *French Administrative Law*, 5ª edición, (1998), p. 45.

<sup>58</sup> Título II, artículos 10 y 11, de la Ley de 16-24 de Agosto de 1790. Esta prohibición fue confirmada por las constituciones de 1791 (título VIII, capítulo V, artículo 3), y la del año III (artículo 203).

<sup>59</sup> Título II, artículo 13 de la Ley de 16-24 de Agosto de 1790.

las Cortes de tomar conocimiento sobre los actos de la Administración, la misma que fue renovada posteriormente<sup>60</sup> otorgó completa libertad a la Administración: no había instancia fuera de la Administración a la cual el ciudadano pudiera apelar para protegerse contra los excesos del ejecutivo.

A pesar de que al *Conseil d'État* que fue creado por Napoleón en 1799 se le encomendó la tarea de resolver las dificultades que pudieran presentarse en el curso de la administración,<sup>61</sup> su actividad judicial continuó siendo mediatizada durante la mayor parte del siglo diecinueve por las doctrinas gemelas del *ministre juge*, y de la *justice retenue*. De acuerdo a estos principios, el ministro seguía siendo autoridad competente para decidir sobre las quejas presentadas por los ciudadanos particulares contra la Administración, y el *Conseil d'État*, actuando como órgano de apelación contra la decisión del ministro, solo podía presentar una propuesta al jefe de Estado pero no sentenciar el caso. No fue sino hasta antes de fines del Imperio y el establecimiento de la forma republicana de gobierno que se renunció a estas doctrinas.<sup>62</sup> Para ese entonces el *Conseil* ya había comenzado a ampliar su control más allá de los requerimientos formales y procesales para tomar conocimiento de actos administrativos.<sup>63</sup> Este paso hacia un más estricto control de la legalidad de los actos administrativos coincidió con los esfuerzos de establecer una nueva base para la determinación del marco de la jurisdicción del derecho administrativo que finalmente condujo al abandono de los viejos criterios *puissance publique* y *acte d'une autorité* y a su sustitución por el nuevo concepto de «servicio público».<sup>64</sup> Los inicios de la Tercera República fueron testigos del viraje de las concepciones monárquicas y autoritarias del Gobierno, a una interpretación liberal

---

<sup>60</sup> Decreto del 16 Fructidor, año III.

<sup>61</sup> Artículo 52 de la Constitución del 22 Frimario, año VIII.

<sup>62</sup> El principio de *justice retenue* fue abandonado formalmente por la Ley del 24 de mayo de 1872, que facultó al *Conseil D'État* para decidir sobre casos contra la administración apartándose de la apariencia formal de que simplemente prestaba consejo al jefe de Estado. La Decisión del *Conseil* en el famoso caso Cadot del 13 de Diciembre de 1889, Rec. Leb. 1148, acabó con la práctica obsoleta de que el ciudadano agraviado debía quejarse primero ante el ministro y definió al *Conseil d'État* como *juge de droit commun* de los actos de la Administración.

<sup>63</sup> Sobre los orígenes de esa jurisprudencia ver Brown/Bell, ob. cit., p. 244.

<sup>64</sup> Blanco, TC 8 Febrero 1873, Rec. Leb. 1er. Suplemento 61.

del papel de la autoridad pública en la sociedad que favorecía una revisión de los conceptos básicos del derecho administrativo a la luz de los principios consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre.<sup>65</sup> Para los litigios en los que estaba comprometida la Administración, sobre la base de la jurisdicción general del *Conseil d'État* se desarrolló un moderno *droit administratif* como un cuerpo coherente de reglas, cuyo propósito era no resguardar el uso de la prerrogativa administrativa frente al escrutinio judicial, sino regular y limitar su ejercicio en interés de la sociedad a cuyas necesidades e intereses se asumía que servía la Administración.<sup>66</sup>

La herencia democrática de la revolución de 1789, de este modo no fue completamente abandonada y retuvo una fuerte influencia sobre el desarrollo del derecho público francés. Los abogados franceses en la segunda mitad del siglo diecinueve fueron en general menos convencidos de las virtudes del positivismo legal que sus homólogos alemanes. Fue en referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre que académicos como Hauriou y Duguit defendieron la idea de principios objetivos preexistentes que condicionan y restringen cualquier uso del poder oficial contra los intentos de introducir un concepto de soberanía estatal irrestricta.<sup>67</sup>

## II. EL ESTADO DE DERECHO EN LA ERA DEL CONSTITUCIONALISMO

El periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial ha visto un renovado interés en el concepto de Estado de Derecho especialmente en aquellos países como Alemania e Italia, en los que los valores encarnados en el concepto de Derecho habían sido violados de la manera más

---

<sup>65</sup> Ver Prosper Weil, *Le droit administratif* (1964), pp. 14 y ss., quien cita la famoso dicho del *Conseil* de que en materias de ley policial la libertad es la regla y su restricción debe ser la excepción («*la liberté est la règle, la restriction de police l'exception*»), que reproduce el famoso artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre: «la ley sólo puede prohibir las acciones que perjudican a la sociedad. No está prohibido nada que no haya sido prohibido por la ley, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda».

<sup>66</sup> Chevallier (nota 37), p. 34 y ss; *Le service public* (1987), pp. 19-20.

<sup>67</sup> Jacques Chevallier, *L'État de Droit*, RDP 104 (1988), p. 348.

descarada por regímenes crueles y autoritarios. Se diseñaron nuevos mecanismos institucionales para prevenir el retorno a un estado de ilegalidad del cual estas sociedades acababan de escapar. En particular la idea de que los derechos humanos forman la base de toda sociedad civilizada, ganó una fuerza sin precedentes y se le dio una expresión legal en muchas constituciones nacionales así como en un número importante de instrumentos internacionales. Estas tendencias han dejado una huella duradera en la comprensión moderna del Estado de Derecho.

### 2.1. El retorno a un concepto sustantivo del *Rechtsstaat* en Alemania

En Alemania todos los esfuerzos de concebir al *Rechtsstaat* en términos puramente formales como un sistema en el cual el poder público es ejercitado por los órganos competentes de conformidad con los procedimientos legalmente prescritos fueron desacreditados por la experiencia del régimen nacionalsocialista. En la era de la postguerra los aspectos formales del Estado de Derecho no fueron abandonados, pero se complementaron con la búsqueda de principios sustantivos a los cuales debía conformarse toda actividad estatal. Esta nueva preocupación por el carácter sustantivo del Estado de Derecho condujo casi inevitablemente a la resurrección de la idea de derechos fundamentales como un límite a toda interferencia estatal con la libertad individual. A la vez se reconoció que el ejercicio de los derechos y libertades en la era de la industrialización podía requerir que el Estado adopte medidas positivas a fin de crear ciertas condiciones mínimas indispensables para el ejercicio efectivo de los derechos individuales. Ya en el siglo diecinueve algunos teóricos del derecho público como Robert von Mohl habían procurado combinar en el mismo concepto de *Rechtsstaat* dos ideales diferentes, esto es, aquellos relativos al ejercicio de las prerrogativas del poder público en relación con la ley, y aquellos del Estado que tiene un interés activo en la promoción del bienestar de sus ciudadanos.<sup>68</sup> La tensión entre estos dos componentes del principio del *Rechtsstaat* no se puso de manifiesto en esa época. Sin embargo, provocaron bastantes debates entre los académicos después que el concepto de *sozialer Rechtsstaat* recibió reconocimiento oficial en el artículo 28, parágrafo 1

<sup>68</sup> Hans Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2ª edición (1988), pp. 227-228; Stolleis, ob. cit., pp. 259-260.

de la Ley Fundamental adoptada en 1949 como la nueva Constitución de Alemania Occidental.<sup>69</sup>

La preocupación por los elementos sustantivos del Estado de Derecho es una de las más importantes características de la Ley Fundamental. A la vez que incluye algunos de los aspectos formales y procesales más ampliamente reconocidos, como el principio de legalidad (artículo 20, parágrafo 3), el derecho a ser escuchado ante una corte (artículo 103, parágrafo 1) y la prohibición de leyes penales retroactivas (artículo 103, parágrafo 2),<sup>70</sup> va paralelamente más allá de un entendimiento formal del Estado de Derecho al establecer el respeto por y la protección de la dignidad del hombre como principio directriz de toda acción estatal (artículo 1, parágrafo 1). La protección de la dignidad individual es reconocida como el valor supremo del orden constitucional creado por la Ley Fundamental.<sup>71</sup> La pregunta de si los principios que restringen el ejercicio del poder público son de naturaleza objetiva o si son meramente un producto de la voluntad del Estado, como lo había asumido la teoría de la autolimitación que dominó el debate sobre los cimientos teóricos del *Rechtsstaat* a fines del siglo diecinueve,<sup>72</sup> ha perdido casi por completo su significado bajo la Ley Fundamental. El artículo 1, parágrafo 2, reconoce la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos como la base de toda comunidad, de la paz y de justicia en el

<sup>69</sup> El artículo 28, parágrafo 1, dice «Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen» (el orden constitucional en los Estados debe adecuarse a los principios del Estado de Derecho republicano democrático y social según el sentido que establece la Ley Fundamental). Sobre el debate relativo a la relación entre *Rechtsstaat*, y *Sozialstaat* ver Ernst Forsthoff (editor), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (1968); Otto Ernst Kempfen (editor), *Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung* (1976); Christoph Degenhart, *Rechtsstaat- Sozialstaat, Anmerkungen zum aktuellen Problemstand*, en *Festschrift für Hans Ulrich Scupin* (1983), pp. 537 y ss; Jörg Müller-Volbehr, *Der soziale Rechtsstaat im System des Grundgesetzes*, JZ 1984, pp. 6 y ss.

<sup>70</sup> Sobre los requisitos del *Rechtsstaatprinzip* ver Volkmar Götz, *Legislative and Executive Power under the Constitutional Requirements entailed in the Principle of the Rule of Law*, en Christian Starck (editor), *New Challenges to the German Basic Law* (1991), pp. 144 y ss.

<sup>71</sup> BVerfGE (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal) 12, 45 (53); 30, 1 (39); 35, 202 (235); 39, 1 (43).

<sup>72</sup> Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edición, Berlin, 1914, pp. 370-371. Sobre este debate ver Chevallier (nota 67), pp. 348 y ss.

mundo, y con ello reconoce igualmente el carácter universal y extralegal de estos derechos que existen antes de, e independientemente, de su reconocimiento oficial por el Estado.<sup>73</sup> Al propio tiempo la Ley Fundamental, rompiendo de manera notable con la teoría constitucional dominante desde la fracasada revolución de 1848-1849, afirma como parte de las leyes del país el carácter vinculante de las cláusulas sobre derechos fundamentales para todas las ramas del Gobierno (artículo 1, párrafo 3). Sobre la base de esta cláusula los derechos fundamentales tienen carácter vinculante no solamente sobre los órganos administrativos y la judicatura, sino también sobre el Parlamento en el ejercicio de sus poderes legislativos. Más aun, la Ley Fundamental dispone que en ningún caso la esencia (*Wesengehalt*) de un derecho fundamental puede ser violada por una rama del Gobierno (artículo 19 (2)). Finalmente, trata de asegurar que las garantías medulares que forman el carácter liberal del Estado y de su estructura federal no puedan ser abolidas mediante futuras reformas constitucionales. El artículo 79 declara, entre otras cosas, que las modificaciones a la Ley Fundamental que afectan los principios básicos expuestos en los artículos 1 y 20, incluyendo la inviolabilidad de la dignidad humana como elemento central de cada una de las garantías de los derechos humanos más específicas, son inadmisibles bajo cualquier circunstancia (excepto en el caso de la adopción de una nueva Constitución). Como resultado de ello, la discusión sobre la naturaleza de los límites del poder del Estado ha sido ampliamente reemplazada por el debate sobre los contenidos precisos de las cláusulas relevantes sobre derechos fundamentales en la Ley Fundamental.

La protección de los derechos fundamentales se hace efectiva en la práctica mediante un cuidadoso sistema de revisión judicial. El artículo 19, párrafo 4, garantiza a cada persona, cuyos derechos se presumen lesionados por una autoridad pública, un recurso legal, comprometiendo de esta manera a los tribunales en la responsabilidad de decidir sobre casos y controversias sobre los contenidos y alcances de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal en Karlsruhe creado por la Ley Fundamental se desempeña como una corte de última instancia en los casos sobre derechos fundamentales. Sobre la base del artículo 93, párrafo 1, numeral 4 a) el ciudadano que denuncie que uno de

---

<sup>73</sup> Christian Starck, *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland*, en: *Der demokratische Verfassungsstaat* (1995), p. 156.

sus derechos fundamentales ha sido violado por una autoridad pública puede presentar su caso ante el Tribunal Constitucional después de haber agotado los remedios disponibles en las Cortes ordinarias o administrativas.<sup>74</sup> Las leyes del Parlamento, sin embargo, solo pueden ser cuestionadas directamente ante el Tribunal Constitucional, porque las Cortes ordinarias no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de las medidas legislativas aprobadas por el Parlamento.<sup>75</sup>

La protección de los valores sustanciales incorporados en la Ley Fundamental está respaldada por una detallada separación de poderes entre los niveles federal y estatal, así como entre las diferentes ramas del Gobierno federal. Los poderes legislativos son confiados a un Parlamento que está constituido por una asamblea elegida democráticamente, el *Bundestag*, y por una segunda cámara en la que están representados los intereses de los estados en el proceso legislativo (artículo 77, párrafo 1). El Parlamento puede habilitar facultades para dictar medidas legislativas secundarias (*Verordnungen*) solamente sobre la base de una delegación legislativa en la cual las condiciones para su ejercicio están estrechamente definidas (artículo 80, párrafo 1). El Gobierno federal, de otro lado, solamente puede ser removido de su cargo por medio del procedimiento estricto prescrito por la Ley Fundamental para el voto constructivo de falta de confianza (artículo 67) y goza de un margen de protección constitucional de autonomía política en el cual otras ramas del Gobierno no pueden intervenir.<sup>76</sup> De esta manera, la Ley Fundamental provee de una multitud de controles y contrapesos que prevén de modo efectivo cualquier concentración de poder político.

Las disposiciones constitucionales sobre la separación de poderes son aplicadas por el Tribunal Constitucional Federal, el cual no solamente actúa como corte de última instancia en los casos de derechos

---

<sup>74</sup> Ver el § 90 (2) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>75</sup> La importancia práctica del procedimiento para las denuncias individuales garantizado en el artículo 93, párrafo 1, N.º 4 es considerable. Aproximadamente 5000 procedimientos de denuncia son iniciados por ciudadanos particulares cada año. Estas pretensiones significan aproximadamente el 95 por ciento de todos los casos sentenciados por el Tribunal Constitucional. Ver: Bundesministerium der Justiz (editor), *Entlastung der Bundesverfassungsgericht: Bericht der Kommission* (1998), p. 153.

<sup>76</sup> BVerfGE 67, 100 (139); 68, 1 (86/87).

fundamentales sino que también es competente para revisar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento (artículos 93, párrafo 1, numeral 2, y 100, párrafo 1) y para resolver todo tipo de discrepancias entre los diferentes órganos del Gobierno (artículo 93, párrafo 1, numeral 1 a). Debido a este amplio espectro de facultades de revisión, un número considerable de conflictos políticos han sido concebidos en términos legales y presentados ante el Tribunal en las últimas décadas, un desarrollo que ha contribuido a una marcada judicialización de la política en Alemania.<sup>77</sup> En suma, el Estado de Derecho se presenta en Alemania bajo la Ley Fundamental como la abreviatura del concepto de derechos fundamentales, el cual es complementado por la fragmentación del poder político en el marco de la democracia parlamentaria y del fuerte rol que tiene la judicatura. No es por tanto sorprendente que el principio del *Rechtsstaat* haya venido siendo relegado progresivamente a un segundo lugar por el concepto de *Verfassungsstaat* en el debate académico reciente.<sup>78</sup>

La discusión sobre el *Verfassungsstaat* refleja la importancia central de la Ley Fundamental para la discusión legal y política en Alemania. Y ello es así debido en un grado sustancial al resultado del activismo judicial desplegado por el Tribunal Constitucional Federal en la interpretación de la Ley Fundamental, lo cual es especialmente evidente en el campo de los derechos fundamentales y ha conducido a una progresiva «constitucionalización» del orden legal. El Tribunal ha extendido la protección de los derechos humanos desde comienzos de los años cincuenta en un nivel sin precedentes. Como un primer paso ha transformado el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad, lo cual es enmarcado en términos más o menos generales en el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, dentro de una garantía genérica que protege

---

<sup>77</sup> Rainer Wahl, *Constitutionalism*, en Rudolf Bernhardt/Ulrich Beyerlin, *Reports on German Public Law* (1990), pp. 108-109.

<sup>78</sup> Un ejemplo de esta aproximación puede encontrarse en el artículo de Ulrich Karpen, *Rule of Law*, en: «*The Constitution of the Federal Republic of Germany*» (1988), p. 173, que define al Estado gobernado por el Estado de Derecho como un Estado «que significa organizar la política y aun evaluar metas mediante la aplicación y ejecución de la Constitución». Un resumen del debate sobre la relación entre el *Verfassungsstaat* y el *Rechtsstaat* es realizado por Antonio Pérez Luño, *Estado Constitucional y derechos de la tercera generación*, Anuario de filosofía del derecho, XIV (1997), pp. 558-563.

cualquier actividad humana no cubierta por una de las cláusulas más específicas sobre derechos humanos bajo la Ley Fundamental.<sup>79</sup>

Como consecuencia de lo anterior, cualquier tipo de conducta humana es protegida contra la interferencia estatal por al menos una de la garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Como el respeto de los derechos fundamentales puede ejecutarse por un procedimiento especial de denuncias individuales ante el Tribunal Constitucional, ello significa que como último recurso toda actividad estatal que tenga impacto negativo sobre la libertad individual es sujeta a revisión constitucional. En segundo lugar, el Tribunal ha sentenciado que los derechos fundamentales no solamente se aplican respecto de las medidas estatales que afectan al individuo en su capacidad como ciudadano particular, sino también a las decisiones que regulan el *status* de las personas que están de alguna forma u otra bajo la autoridad peculiar de instituciones estatales específicas como miembros del servicio civil, como prisioneros en una cárcel o como alumnos en escuelas públicas (antes conocidas como *besondere Gewaltverhältnisse*).<sup>80</sup> Esta jurisprudencia ha desatado toda una generación de nuevas leyes, especialmente en el sector de la escuela pública, cuyo fin es establecer una base legal suficiente para las medidas que han sido previamente consideradas como actos de puro carácter interno.<sup>81</sup>

El Tribunal Constitucional, además, ha señalado para los derechos fundamentales de la Ley Fundamental una multiplicidad de funciones que van mucho más lejos que una interpretación de ellos como derechos «negativos» que protegen al individuo contra la interferencia estatal, la cual era central a la doctrina liberal tradicional.<sup>82</sup> De acuerdo al Tribunal, las cláusulas de derechos fundamentales en la Ley Fundamental no solamente reconocen derechos subjetivos específicos a los individuos, sino que actúan como principios fundamentales de naturaleza objetiva que deben ser tomados en consideración por todas las ramas del Gobier-

<sup>79</sup> BVerfGE 67, 32 (36/37); 80, 139 (153/154), con el voto en discordia del vocal Grimm (164 y ss).

<sup>80</sup> BVerfGE 33, 1 (10/11); 34, 165 (192/193).

<sup>81</sup> Christian Starck, *Übermaß an Rechtsstaat?*, en : *Der demokratische Verfassungsstaat*, pp. 257-258.

<sup>82</sup> Una visión general es ofrecida por Christian Starck, *Die Rolle der Grundrechte in Deutschland*, en: *Recht und Gesetz im deutsch-französischen Dialog* (1997), pp. 49-60.

no cuando crean, interpretan o aplican la ley ordinaria.<sup>83</sup> La asamblea legislativa debe asegurarse de que la legislación ordinaria en los diferentes campos del Derecho —Derecho administrativo, Derecho penal y Derecho privado— le da pleno efecto a los contenidos de las cláusulas relevantes de derechos fundamentales. Las autoridades administrativas y la judicatura, de otra parte, tienen que interpretar y aplicar el derecho a la luz de las garantías de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Esta obligación no se limita a la aplicación de las leyes de derecho administrativo y penal que tradicionalmente se hacen cargo de las formas específicas de interferencia estatal con los derechos y libertades individuales; también se aplica a la interpretación de las cláusulas de derecho privado, especialmente a las cláusulas de equidad en el Código Civil alemán.<sup>84</sup> A través de esta figura las garantías de derechos fundamentales, las cuales no son directamente vinculantes sobre las personas privadas (el artículo 1, parágrafo 3 limita su fuerza vinculante a las diferentes ramas del Gobierno), ganan considerable influencia respecto de la configuración de las reglas del derecho privado y de su implementación por la judicatura. Otro aspecto importante de la interpretación de los derechos fundamentales como principios objetivos es el deber del Estado de proveer una protección efectiva de los derechos fundamentales (*Schutzpflichten*). Este concepto requiere protección de los derechos fundamentales no contra el Estado sino por el Estado. El Tribunal ha reconocido un deber positivo de prevenir a través de medidas legislativas apropiadas, que los individuos sean lesionados en sus libertades fundamentales por personas o grupos privados, especialmente en relación a los más básicos de los derechos fundamentales, como son el derecho a la vida y a la integridad física, de manera especial en los casos de aborto.<sup>85</sup>

La penetrante influencia de los derechos fundamentales en el orden constitucional y legal alemán ha reducido grandemente la significación práctica de los elementos objetivos del principio de *Rechtsstaat* como un concepto legal distinto. Estos elementos, por ejemplo, el requisito de certeza legal o la prohibición de toda legislación con carácter retroactivo, están hoy estrechamente ligados a la protección efectiva de los derechos humanos. Ayudan a asegurar una atmósfera legal estable donde

<sup>83</sup> La sentencia guía a este respecto es BVerfGE 7, 198.

<sup>84</sup> BVerfGE 7, 198 (205-207).

<sup>85</sup> BVerfGE 39, 1 (41/42); 88, 203 (251 y ss.).

estos derechos pueden ser disfrutados con seguridad. Este desplazamiento hacia una reformulación del principio del *rule of law* a partir de una perspectiva basada en los derechos, es reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, el requisito de base legal para la acción del Poder Ejecutivo (*Vorbehalt des Gesetzes*) parece ser a primera vista un principio objetivo de Derecho constitucional que determina la esfera de acción en la que opera la subordinación de la Administración al Parlamento. No obstante, el criterio decisivo para determinar si una medida específica se somete a este requisito debe encontrarse, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal en su significación para el ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>86</sup> La misma tendencia puede observarse con relación al principio de proporcionalidad. Su principal propósito es determinar si una medida estatal que restringe los derechos o libertades es constitucionalmente admisible o no. Para tener la condición de una medida constitucionalmente satisfactoria esta debe ser apropiada a la meta buscada, y no debe limitar la libertad o el derecho en cuestión más que lo que fuera absolutamente necesario con la finalidad de lograr su objetivo y no ocasionar costos en términos de pérdida de libertad que tengan mayor peso que sus beneficios potenciales para el interés público. El Tribunal Constitucional ha vinculado explícitamente el principio de proporcionalidad al concepto de *Rechtsstaat*. Al mismo tiempo, sin embargo, ha subrayado que se deriva «de la propia esencia de los derechos fundamentales en sí mismos los cuales, como una expresión del derecho general a la libertad del ciudadano frente al Estado, pueden ser limitados solamente por la autoridad en cuanto ello sea indispensable para la protección del interés público».<sup>87</sup> La influencia dominante del concepto de derechos fundamentales sobre la interpretación moderna del principio de *Rechtsstaat* puede finalmente verse en la casuística legal sobre los aspectos procesales de las garantías de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha decidido repetidamente que los derechos fundamentales tienen un impacto profundo sobre la estructura de los procedimientos administrativos y judiciales a través de los cuales estos derechos se implementan o restringen. Deben organizarse de tal modo que no nieguen significación a las libertades fundamentales comprometidas.<sup>88</sup> La idea del «debido proceso» aparece

---

<sup>86</sup> BVerfGE 49, 89 (126 y ss.).

<sup>87</sup> BVerfGE 19, 342 (348); ver también 25, 269 (292).

dentro de esta perspectiva en primer lugar como un medio para la protección de los derechos fundamentales.<sup>89</sup>

Este énfasis sobre la protección efectiva de los derechos fundamentales como elemento medular del *rule of law* tiene implicaciones de largo alcance para el balance de poderes entre las diferentes ramas de Gobierno. En primer lugar, fortalece la subordinación del ejecutivo a la asamblea legislativa al ampliar el requisito del sustento legal para la acción administrativa en áreas en las que hasta entonces era desconocida dicha exigencia. Asimismo, fortalece el accionar de la judicatura en el ejercicio de su facultad revisora relacionada con la acción administrativa. La interpretación generosa de la esfera de acción de las cláusulas sobre derechos humanos, y de manera más notoria del artículo 2, párrafo 1, significa que cualquier medida administrativa que interfiera con la libertad de los individuos está sujeta a revisión judicial al amparo del artículo 19, párrafo 4, el que determina que el acceso al Tribunal depende de la violación (presunta) de un derecho del denunciante por un acto de autoridad pública. Además de ello el Tribunal Constitucional ha sentenciado que en los casos en los que la legislación ordinaria es ambigua en relación a la cuestión de si un derecho específico es garantizado a ciudadanos particulares o no, el concepto general de la relación Estado-ciudadano que configura la sección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (y en particular el artículo 19, párrafo 4) favorece una construcción en la que se asume que tal derecho ha sido efectivamente garantizado.<sup>90</sup> Como consecuencia de ello las decisiones administrativas aplicables a legislación sobre acreditación o reconocimiento de derechos —como en el sector de seguridad social, por ejemplo— será en muchos casos materia sometible a revisión judicial de acuerdo con el artículo 19, párrafo 4. El Tribunal Constitucional también ha dejado en claro que los remedios legales garantizados por el artículo 19 párrafo 4 tienen que ser efectivos. Ello requiere, en particular, una revisión integral en los tribunales de todas las valoraciones de carácter fáctico y legal hechas por las autoridades administrati-

---

<sup>88</sup> BVerfGE 37, 132 (141,148); 39, 276 (294); 53, 30 (65 y ss.).

<sup>89</sup> Christian Starck, *Constitutional definition and protection of rights and freedoms*, en: *Rights, Institutions an Impact of International Law according to the German Basic Law* (1987), p. 46.

<sup>90</sup> BVerfGE 15, 275 (281/282).

vas.<sup>91</sup> Finalmente, el papel del Tribunal Constitucional ha sido bastante realizado por su jurisprudencia sobre el carácter multidimensional de los derechos humanos. La extensión del enfoque sobre las cláusulas de derechos humanos individuales, su interpretación como garantías objetivas y el reconocimiento de los deberes de protección, entre otras cosas, todo apunta en la misma dirección, esto es, a la reducción de la discreción legislativa del Parlamento Federal y la correspondiente intensificación del escrutinio judicial sobre la legislación ordinaria.<sup>92</sup> Al propio tiempo, la función de los derechos fundamentales como pautas para la interpretación en la aplicación de la ley administrativa, penal y privada también refuerza el papel del Tribunal Constitucional en su relación con las otras ramas de la judicatura, toda vez que los casos decididos por las Cortes ordinarias pueden serle remitidos mediante el procedimiento de denuncias constitucionales. De esta manera el Tribunal de Karlsruhe ha adquirido una posición poderosa en el sistema de gobierno que pocos otros tribunales constitucionales tienen.<sup>93</sup>

## 2.2. La emergencia del *État de Droit* en la Francia de la postguerra

La reconstrucción del sistema constitucional en Francia después de la Segunda Guerra Mundial tomó un curso diferente. Una redefinición del concepto de Estado de Derecho en la línea del desarrollo alemán no fue ni necesaria ni concebible. Era innecesaria, en primer lugar, porque el positivismo legal no había alcanzado nunca una posición tan dominante en Francia como lo había hecho en la Alemania de la preguerra. Era inconcebible, porque la tradición política francesa, cuyos orígenes pueden rastrearse hasta el periodo revolucionario,<sup>94</sup> se sustenta en el rechazo enfático de un *gouvernement des juges* lo cual excluye cualquier mecanismo constitucional en el cual los tribunales jueguen un

<sup>91</sup> BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110/111); 84, 34 (49). Para un análisis detallado del artículo 19, parágrafo 4, ver Eibe Riedel, Access to Justice as a Fundamental Right in the German Legal Order, en : *German Reports on Public Law* (1998), p. 79 y ss.

<sup>92</sup> Wahl (nota 77), pp. 109-100.

<sup>93</sup> Christian Starck, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte*, JZ 1996, p. 1033 y ss.

<sup>94</sup> Ver el punto II. 3. b).

papel dominante.<sup>95</sup> A diferencia de la Ley Fundamental alemana, las constituciones de la Cuarta y Quinta Repúblicas no trataban de definir los diferentes elementos del Estado de Derecho como conceptos de derecho positivo. Aun cuando la Constitución de la Quinta República contiene una referencia a los artículos sobre los derechos fundamentales que aparecen en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y en la Declaración de los Derechos del Hombre, su carácter vinculante para la asamblea legislativa no se reconoció sino hasta 1971.

Sin embargo, los cambios considerables que ocurrieron en la estructura de gobierno desde inicios del siglo veinte tuvieron un impacto notable sobre la teoría y la práctica del Estado de Derecho en Francia. Así como a fines del siglo diecinueve el surgimiento del principio de legalidad fue el corolario de la lucha para establecer la supremacía del Parlamento, del mismo modo el predominio de la rama ejecutiva del Gobierno después de la Primera Guerra Mundial,<sup>96</sup> provocó ajustes visibles en la doctrina francesa de derecho público. Se reconoció que la ley del Parlamento había perdido en gran parte su función como pauta precisa para el trato de la Administración con el ciudadano. La estricta adhesión al principio de legalidad por lo tanto no podía servir más como un sustituto significativo para el Estado de Derecho. El *Conseil d'État* respondió a esta nueva situación mediante el reconocimiento de ciertos *principes généraux du droit*, que no estaban explícitamente recogidos en la ley pero podían derivarse de la tradición republicana y de los principios generales del derecho, como si fueran parte del concepto de legalidad.<sup>97</sup> Su función era la de llenar la cantidad de vacíos que dejaba la legislación aprobada por la asamblea legislativa. Las fuentes de los *principes généraux* eran diversas. Incluían documentos constitucionales tales como la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, pero también las ideas de justicia y equidad del «Derecho natural».<sup>98</sup> Su esfera de acción no se limita a las normas o reglas procesales. También sirve para proteger un núme-

<sup>95</sup> M. H. Davis, *The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel and the U.S. Supreme Court*, AJCL 34 (1986), p. 47.

<sup>96</sup> Alfred Grosser/François Goguel, *La politique en France*, 2ª edición (1984), pp. 8 y ss.

<sup>97</sup> Georges Morange, *Une catégorie juridique ambiguë: Les principes généraux du droit*, RDP, 1977, pp. 766-767.

<sup>98</sup> Brown/Bell, op. cit., p. 218.

ro de derechos fundamentales sustantivos como la libertad de pensamiento y de opinión,<sup>99</sup> libertad de movimiento<sup>100</sup> o el principio de igualdad ante la ley.<sup>101</sup> Tal como lo han dicho miembros destacados del *Conseil d'État*, los *principes généraux* fueron concebidos en primer término como una defensa contra las tendencias autoritarias en el régimen de Vichy que constituían una amenaza para las libertades públicas.<sup>102</sup> Han retenido su función como protección de las libertades individuales<sup>103</sup> en la Cuarta y Quinta Repúblicas, a pesar de que su significación práctica ha sido de alguna manera disminuida por las decisiones del *Conseil Constitutionnel* sobre el efecto directo sobre las cláusulas de derechos fundamentales de la Constitución de 1946 y de la Declaración de 1789.<sup>104</sup>

Los *principes généraux*, sin embargo, no pueden obligar al Parlamento. Esta ausencia de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes fue identificada por Carré de Malberg como la característica distintiva del *État légal* practicada en Francia a diferencia y por oposición al concepto de *État de Droit*. El *État légal*, de acuerdo a Carré de Malberg, es concebido como un medio para asegurar la supremacía legislativa de la asamblea de representantes elegidos por sufragio, en tanto que el *État de Droit* es diseñado exclusivamente para proteger los derechos y libertades del ciudadano.<sup>105</sup> Los dos principios encarnan, en otras palabras, dos conceptos diferentes del Derecho: el ideal democrático del Derecho y la teoría liberal de los derechos fundamentales como un límite inherente incluso al ejercicio democráticamente legitimado del Poder Legislativo.

<sup>99</sup> Chavenau, CE 1 Abril 1949, Rec. Leb. 161.

<sup>100</sup> Vicini, CE 20 Enero 1965, Rec. Leb. 41.

<sup>101</sup> Société des concerts du Conservatoire, CE 9 Marzo 1951, Rec. Leb. 151, Barel, CE 28 Mayo 1954, Rec. Leb. 308.

<sup>102</sup> Cf. las citas de los presidentes anteriores Letourneur y Bouffandeau en: Claude Albert Colliard, *Libertés Publiques*, 6ª edición (1983), p. 113.

<sup>103</sup> Cf. la opinión del anterior presidente de la Section du Contentieux, Bouffandeau, de acuerdo a la cita de Colliard (nota 102), p. 113: «En réalité, il s'agit d'une oeuvre constructive de la jurisprudence réalisée, pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens».

<sup>104</sup> Sobre el impacto de la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel respecto de la esfera de acción y el rango legal de los *principes généraux* ver André de Laubadère/Jean-Claude Venezia/Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, volumen 1, 13ª edición (1994), p. 586 y ss.; Volker Schlette, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich* (1991), p. 160.

<sup>105</sup> Raymond Carré de Malberg, ob. cit., p. 490.

La conclusión de Carré de Malberg, sin embargo, de que el *État de Droit* no sería completo antes de que haya sido establecido un control de la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento<sup>106</sup> quedó desatendida por varias décadas. El Comité Constitucional, que se conformó al amparo de la Constitución de la Cuarta República, fue concebido como un cuerpo político y no estaba en capacidad de controlar si las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional requerían o no una revisión de la Constitución.<sup>107</sup> Cuando se instituyó finalmente un control real de la constitucionalidad de las leyes del Parlamento durante la Quinta República, ello no fue apreciado en ese momento como un triunfo del *État de Droit* sino como un corolario necesario del nuevo concepto de separación de poderes que reforzó el papel del ejecutivo (dándole «autonomía» de facultades legislativas, entre otras cosas) y recortó los poderes del Parlamento en la esfera legislativa.<sup>108</sup> El *Conseil Constitutionnel* fue creado primariamente como un guardián de la rama legislativa del Gobierno, el que tenía que tomar las previsiones necesarias para que el Parlamento no transgreda ni exceda los límites de sus competencias, las mismas que han sido rigurosamente definidas en la nueva Constitución, *inter alia* a través de la aprobación de leyes que interfieren indebidamente con las prerrogativas del ejecutivo.<sup>109</sup>

No fue hasta que De Gaulle dejó el poder que se dio una interpretación más liberal al poder de revisión del *Conseil* que era más consistente con el concepto de *État de Droit* según lo describe Carré de Malberg. En su famosa sentencia de 1971 *Liberté d'association*, el *Conseil* afirmó su competencia para ampliar la revisión de la constitucionalidad de la sustancia de las leyes del Parlamento sobre la base de las cláusulas de derechos fundamentales contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Preámbulo de la Constitución de 1946 a los que calificó como principios legalmente vinculantes.<sup>110</sup> La significación de los poderes de revisión del *Conseil* fueron posteriormente ampliados por la

<sup>106</sup> Carré de Malberg, ob. cit., pp. 492-493.

<sup>107</sup> Ver el artículo 91 de la Constitución de 1946.

<sup>108</sup> Para una discusión detallada de la división de los poderes legislativos bajo la Constitución de 1958 ver Louis Favoreau (editor), *Le domaine de la loi et du règlement*, 2ª edición (1981); John Bell, *French Constitutional Law* (1992), pp. 78 y ss.

<sup>109</sup> Bell (nota 108), p. 27.

<sup>110</sup> CC Decisión N° 71-44 DC de 16 Julio 1971j, Rec. 29.

reforma constitucional de 1974, que garantizaba la facultad de solicitar la revisión judicial de leyes del Parlamento —que había sido previamente limitada al presidente de la República, al primer ministro y los presidentes de ambas cámaras en el Parlamento— a un grupo de no menos de 60 diputados o senadores.<sup>111</sup> En varias decisiones de comienzos de los ochentas el *Conseil Constitutionnel* afirmó solemnemente que todos los órganos del Estado, incluyendo a la asamblea legislativa, están obligados por los principios y reglas de rango constitucional,<sup>112</sup> un paso que fue aclamado por los académicos franceses como un paso más en el acabamiento del *État de Droit*,<sup>113</sup> aun cuando el *Conseil* mismo no usa dicho término sino que continúa refiriéndose al *principe de légalité*.<sup>114</sup>

Subsisten, no obstante, algunas notables diferencias con el concepto de *Rechtsstaat* tal como ha sido implementado dentro de la Ley Fundamental alemana. El control del *Conseil Constitutionnel* es confinado al campo legislativo y otras medidas definidas del Parlamento. No tiene competencia constitucional para realizar un control directo sobre los actos del Gobierno y del presidente de la República.<sup>115</sup> Estos actos, en la medida que conciernen a la esfera de la «alta política», esto es a las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento y las relaciones internacionales del Estado francés, escapan a todo control judicial dado que ninguna se encuentra bajo la jurisdicción del *Conseil Constitutionnel* ni bajo la del *Conseil d'État*, que tradicionalmente rehusa controlar estas medidas bajo el argumento de que son *actes du gouvernement*<sup>116</sup> (aunque debe decirse que la categoría de actos del ejecutivo como exceptuada de la jurisdicción del *Conseil d'État* ha venido disminuyendo cons-

<sup>111</sup> Artículo 61, parágrafo 2 de la Constitución francesa.

<sup>112</sup> CC Decisión N° 81-132 DC del 16 Enero 1982, Rec. 18 (consid. 18); Decisión N° 82-137 del 25 Febrero 1982, Rec. 38 (consid. 3).

<sup>113</sup> Ver Louis Favoreau/Lois Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 9ª edición (1997), p. 471.

<sup>114</sup> Cf. Decisión N° 82-137 de 25 Febrero 1982, consid. 3: «[...] le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation de pouvoirs publics».

<sup>115</sup> Louis Favoreau, *La politique saisie par le droit - alternances, cohabitation, et Conseil Constitutionnel* (1988), pp. 129-130.

<sup>116</sup> Laubadère/Venezia/Gaudemet, ob. cit., pp. 613-616.

tantemente a lo largo de las décadas).<sup>117</sup> Además de ello el *Conseil Constitutionnel* puede solamente revisar la constitucionalidad de las leyes del Parlamento que no han sido aún promulgadas.<sup>118</sup> Los ciudadanos particulares no tienen la posibilidad de presentar casos ante el *Conseil* argumentando que determinadas cláusulas legales violan los derechos fundamentales que les corresponden según estos están protegidos por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Preámbulo de la Constitución de 1946. A comienzos de los años noventa fracasó y no fue aprobado un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno, que le habría dado al *Conseil* el poder de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes promulgadas y que le serían referidas a él por la *Cour de Cassation* o por el *Conseil d'État*.<sup>119</sup> El mecanismo de revisión ante el *Conseil Constitutionnel*, por lo tanto, retiene su carácter «objetivo». Su aplicación depende de la elección de los políticos elegidos y escapa al control tanto de los jueces como de los ciudadanos.<sup>120</sup> Aun cuando la supremacía de la ley del Parlamento hace tiempo que ha perdido su hegemonía en la teoría del derecho público francés, persiste aún la actitud hostil contra «un gobierno por jueces», tradición que aparta a Francia de estados como Alemania o como los Estados Unidos.

### 2.3. Soberanía parlamentaria y *rule of law* en Gran Bretaña

El concepto inglés de *rule of law* difiere fundamentalmente de las nociones tanto de *Rechtsstaat* alemana como de *État de Droit* francesa en que el Reino Unido aún no cuenta con un documento constitucional completo en el que se defina la estructura institucional de la autoridad pública y sus límites en relación con el ciudadano. La Constitución bri-

<sup>117</sup> Brown/Bell, ob. cit., p. 162.

<sup>118</sup> Artículo 61, parágrafo 2 de la Constitución francesa.

<sup>119</sup> Henry Rousillon, *Le Conseil Constitutionnel*, 2ª edición (1988), pp. 88 y ss.

<sup>120</sup> Debe resaltarse que por esta misma razón que el Estado de Derecho, según como es implementado por la Constitución de la Quinta República, aún no es equivalente al *État de Droit* según la definición de Carré de Malberg; ello exigiría que los ciudadanos contaran con el derecho de iniciar un proceso de revisión judicial de las leyes que violan sus derechos y libertades. Cf. Carré de Malberg, ob. cit., p. 492: «Pour que l'État de Droit se trouve réalisé, il est, en effet, indispensable que les citoyens soient armés d'une action en justice, qui leur permette d'attaquer les actes étatiques vicieux qui léseraient leur droit individuel».

tánica no escrita opera sobre la base de un código informal y sutil de comportamiento político antes que dentro de un rígido marco legal.<sup>121</sup> La relevancia de las convenciones constitucionales, que regulan el ejercicio de la mayoría de las prerrogativas de la Corona y del Gabinete pero que no obstante no son susceptibles de exigirse ante un tribunal, se caracterizan por su naturaleza informal y flexible.<sup>122</sup>

Al amparo de los acuerdos institucionales establecidos por el laudo constitucional de 1688, la protección de las libertades civiles ha sido puesto en manos del Parlamento y de las Cortes ordinarias. Al Parlamento se le encarga asegurar que no sea aprobada ninguna medida legislativa que infrinja indebidamente la libertad individual, y las Cortes deben interpretar la ley de modo tal que permita la más amplia libertad posible, de conformidad con los bien establecidos principios del *common law*. Con la importancia creciente de la ley positiva y el ascenso del positivismo legal a fines del siglo diecinueve, sin embargo, este concepto sufrió presiones. El *rule of law* fue identificado cada vez más con ciertas cualidades formales de la ley, tales como su predictibilidad y la certeza legal.<sup>123</sup> Sobre la base del principio de soberanía parlamentaria, sin embargo, aun el respeto por los requisitos formales del *rule of law* depende de la voluntad de la asamblea legislativa. Si el Parlamento optara por aprobar leyes retroactivas, por ejemplo, no hay nada que las Cortes puedan hacer al respecto.<sup>124</sup> Solamente de una manera indirecta, a través de la construcción, pueden los tribunales tratar de limitar los peores abusos del Poder Legislativo, y en unos contados como lo han

<sup>121</sup> Dyson (nota 19), pp. 40-41.

<sup>122</sup> Sobre la naturaleza y alcances de las convenciones constitucionales en Gran Bretaña ver Dicey, ob. cit., pp. 344 y ss.; Peter Rädler, *Verfassungsgestaltung durch Staatpraxis. Ein Vergleich des deutschen und britischen Rechts*, ZaöRV 58 (1998), pp. 611 y ss.

<sup>123</sup> Ian Harden/Norman Lewis, *The Noble Lie* (1986), pp. 32-33. Una reformulación clásica de esta definición formal del *rule of law* la da Friedrich Hayek, *The road of serfdom* (1946), p. 54.

<sup>124</sup> Tal como ocurrió con el War Damage Act (Ley de Daños de Guerra) 1965, que anuló retroactivamente la Decisión de la Cámara de los Lores en *Burmah Oil versus Lord Advocate* (1965) AC 75 de que el Gobierno indemnice por la destrucción de las instalaciones de una empresa privada petrolera que se ordenó durante la guerra. Sobre este caso y sus implicancias para el *rule of law* ver Colin Turpin, *British Government and the Constitution*, 3ª edición (1995), pp. 65-66.

hecho así.<sup>125</sup> No obstante subsiste el hecho de que en último análisis la salvaguarda contra el uso arbitrario de la facultad de dictar leyes por el Parlamento se encuentra solamente en el proceso político en sí mismo. Si todo lo demás falla puede confiarse en que el electorado retirará su confianza de la mayoría parlamentaria que abusó del poder que se le otorgó. De este modo el *rule of law* descansa más en la naturaleza democrática de las instituciones políticas del país que en cualquier elaborado mecanismo constitucional.<sup>126</sup>

Diferentes son los principios que se aplican, sin embargo, en las áreas reguladas por el derecho comunitario. Bajo los tratados de la Comunidad Europea y la Convención de las Comunidades Europeas de 1972, que incorporó tanto los tratados como la legislación secundaria derivada de ellos en la ley doméstica británica, las autoridades británicas están obligadas a dar precedencia al derecho comunitario sobre la ley doméstica que la contradiga. El litigio *Factortame* ha mostrado que los tribunales británicos tienen la disposición de respetar esta obligación aún en los casos en los que se afirma que las cláusulas incompatibles con el derecho comunitario son parte de una ley del Parlamento.<sup>127</sup> En tanto que el Parlamento no exprese su voluntad de denunciar el derecho comunitario y por ello de rechazar la Convención de las Comunidades Europeas, los tribunales británicos no aplicarán las disposiciones legales que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, no sean consistentes con las obligaciones de derecho comunitario asumidas por Gran Bretaña.<sup>128</sup> En esta área definida las aprobaciones

---

<sup>125</sup> Uno de los más notables es el famoso caso *Anisminic versus Foreign Compensation Commission* (1969) 2 AC 147, en el que la Cámara de los Lores frustró el intento de la asamblea de exceptuar de escrutinio judicial las decisiones adoptadas por el Consejo de compensaciones. Lo característico de esta decisión es la actitud hostil de las Cortes en relación a las intenciones de limitar el escrutinio judicial en los casos relacionados con los derechos de los individuos.

<sup>126</sup> Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5ª edición (1959), p. 60 y ss.

<sup>127</sup> *Factortame Ltd. versus Secretary of State for Transport* (1990) 2 AC 85; *Factortame Ltd. versus Secretary of State for Transport* (Nº 2) (1991) 1 All ER 70.

<sup>128</sup> *Factortame Ltd. versus Secretary of State for Transport* (Nº 2) (1991) 1 All ER 70; ver también *Equal Opportunities Commission versus Secretary of State for Employment* (1994) 1 All ER 910 relativa a una declaración de incompatibilidad de ciertas disposiciones de la *Employment Protection (Consolidation) Act 1978* con el Derecho comunitario.

legislativas del Parlamento británico son en consecuencia sujetas a revisión judicial.<sup>129</sup>

Un problema mayor en la aplicación del *rule of law* en los tiempos modernos ha sido el desarrollo de estándares adecuados para la revisión de la acción administrativa. Dicey veía el concepto de discreción administrativa con suspicacia; en su opinión el *rule of law* era inconsistente con cualquier autoridad discrecional de parte del Gobierno.<sup>130</sup> La hostilidad de Dicey contra la discreción administrativa se apoyaba en una interpretación tradicional del laudo constitucional de 1688. En esta perspectiva la separación de poderes establecida en el laudo constitucional significa que el ejecutivo no poseía facultades legislativas autónomas y que solo podía actuar al amparo del *common law* o de una habilitación legal. Las decisiones vinculantes que afectan directamente los derechos de los ciudadanos eran competencia de los tribunales, los que tenían que aplicar ya fuera los principios tradicionales del *common law* o las leyes dictadas por el Parlamento. Esta visión estaba asociada a un tipo de sociedad preindustrial, donde estaba en gran parte ausente una Administración central capaz de interferir con los derechos de los individuos y donde las funciones locales de carácter administrativo eran desarrolladas por los jueces de paz.<sup>131</sup> Fue sin embargo deficientemente adaptada a la diversidad de tareas de una Administración moderna y las amplias facultades discrecionales que necesita para llevar a cabo sus numerosas funciones en el Estado Bienestar.

Contra el telón de fondo de esta tradición los tribunales del Reino Unido han sido lentos en establecer principios coherentes para el control de la acción administrativa. El desarrollo de un «derecho público» con una identidad propia en Gran Bretaña ha sido dificultada por el hecho de que las solicitudes de revisión judicial son resueltas por los mismos tribunales y jueces que también tienen competencia en casos de

---

<sup>129</sup> Sobre la modificación de la doctrina de la soberanía parlamentaria en virtud de la membresía británica a la Comunidad Europea ver William Wade, *What has happened to the Sovereignty of Parliament?*, LQR 1991 107 (1991), p. 1; Josef Drexler, *Was Sir Francis Drake a Dutchman? - British Supremacy of Parliament after Factortame*, AJCL 41 (1993), 551.

<sup>130</sup> A.V. Dicey, *Law of the Constitution*, 10ª edición (1958), p. 202.

<sup>131</sup> Michel Distel, *Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne*, RIDC 34 (1982), pp. 46 y ss.

derecho penal y privado.<sup>132</sup> Inicialmente la revisión judicial de la acción administrativa se basaba en la doctrina *ultra vires*. Esta doctrina asume que un cuerpo que ejerce facultades legales solamente puede ejercer los poderes que le son conferidos, implícita o expresamente, por el Parlamento. Los tribunales, al revisar judicialmente la acción de un organismo público, están simplemente resolviendo respecto de los límites exactos de una asignación particular de poder: ellos deben verificar si el organismo se ha mantenido o no dentro de las facultades delegadas.<sup>133</sup>

La adopción de la doctrina de *ultra vires* como principio orientador tiene importantes consecuencias para la naturaleza y límites de la revisión judicial. Su énfasis está en la defensa del principio de legalidad y en la aplicación de la voluntad del Parlamento, no en la protección del ciudadano. A lo largo de las últimas décadas, sin embargo, los tribunales han aumentado sus competencias revisoras más allá de los límites fijados por la teoría *ultra vires*. En particular han decidido que el ejercicio de capacidades ejecutivas al amparo de la prerrogativa real, la cual se basa por definición en el *common law* y no en una habilitación legal<sup>134</sup> también es susceptible de revisión judicial. De acuerdo a esta jurisprudencia, no es la prerrogativa como tal sino solamente ciertas de sus materias como la elaboración de tratados internacionales, la defensa del país o la disolución del Parlamento las que son excluidas de revisión judicial como asuntos no justiciables, y ello debido a su carácter predominantemente político.<sup>135</sup> La tendencia reciente ha sido la de reducir el

---

<sup>132</sup> Las disposiciones institucionales respecto de la revisión judicial por tanto descansan en el principio Diceyano de que «todo hombre, cualquiera que fuese su rango o condición, se somete a las leyes ordinarias del país y se sujeta a la jurisdicción de los tribunales ordinarios», ver A. P. Le Sueur/J.W. Herberg, *Constitutional and Administrative law* (1995), p. 161. A pesar que no hay una División especializada de Derecho Administrativo en el Tribunal Supremo (*High Court*), solo determinados jueces escogidos por el Lord Chief Justice conocen los casos de revisión judicial.

<sup>133</sup> Ver por ejemplo *Hoffmann-La Roche AG versus Secretary of State for Trade and Industry* (1975) AC 295, 365 (Lord Diplock).

<sup>134</sup> Ver la definición de Dicey (nota 130), p. 425: «La prerrogativa es el nombre de la porción residual de la autoridad original de la Corona [...] Todo acto que puede realizar legalmente el poder ejecutivo sin la autoridad de una ley del Parlamento se realiza en virtud de esta prerrogativa».

<sup>135</sup> *Council of Civil Service Unions versus Minister for the Civil Service* (1985) AC 374, 418 (Lord Roskill).

número de asuntos no justiciables y de hacer disponible la revisión judicial donde quiera que el ejercicio de la prerrogativa afecte directamente los derechos individuales.<sup>136</sup> En consecuencia, la revisión judicial de la acción administrativa no tiene más justificación por la referencia a la supuesta intención del Parlamento sino por la autoafirmación de los tribunales de su mandato constitucional de proteger los derechos individuales contra el abuso de poder.<sup>137</sup>

En el ejercicio de su facultad de revisión los tribunales en el Reino Unido han sido renuentes a valerse de principios sustantivos como medio de control de la acción de la Administración. En general parecen estar más concernidas con el debido proceso que con la sustancia de las decisiones del ejecutivo.<sup>138</sup> En contraste los principios que se refieren a la conducta de los procedimientos administrativos, en particular los principios de justicia natural (como *audi alteram partem*)<sup>139</sup> han jugado un papel importante en el desarrollo de la revisión judicial. Esta actitud sin duda refleja una tradición de *common law* profundamente enraizada que le reconoce un papel central a las cuestiones procesales.<sup>140</sup> También refleja una cierta concepción de revisión judicial, de acuerdo a la cual esta tiene que ver no con los méritos o deméritos de la decisión a la que llega una autoridad administrativa, sino con el proceso por el cual ha sido tomada dicha decisión:

el propósito de la revisión judicial es asegurar que el individuo reciba un trato justo, y no asegurar que la autoridad, después de haberle dispensado trato justo, llegue a una determinada conclusión sobre una materia respecto de la cual está autorizada legalmente para decidir por sí misma según lo que sea correcto de acuerdo a la propia Corte.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Ver *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley* (1993) 4 All ER 442 (revisabilidad del ejercicio de la prerrogativa del derecho de gracia).

<sup>137</sup> Dawn Oliver, *Is the ultra vires rule the basis for judicial review?*, Public Law 1987, p. 543.

<sup>138</sup> J.D. Gilligan, *Judicial Review and the Textbook Writers*, Oxford Journal of Legal Studies 2 (1982), p. 266; J.D.B. Mitchell, *The causes and effects of the absence of a system of public law in the United Kingdom*, Public Law 1965, p. 106.

<sup>139</sup> *Ridge versus Baldwin* (1964) AC 40.

<sup>140</sup> Dyson, ob. cit., p. 110.

<sup>141</sup> Chief Constable of the North Wales Police *versus* Evans (1982), 1 WLR 1155, 1161 (Lord Hailsham).

Los jueces británicos pueden ocasionalmente también interferir con las decisiones del ejecutivo sobre fundamentos de carácter sustantivo. La interferencia judicial en estos casos se basa en el argumento de que las Cortes tienen que controlar si la acción administrativa ha estado de acuerdo con el propósito de la ley.<sup>142</sup> Desde que fue empleado por primera vez por Lord Greene en el caso *Wednesbury*<sup>143</sup> la prueba de razonabilidad se ha convertido en una vía abreviada o sumaria que usan los abogados para referirse a las circunstancias en las que los tribunales dejan sin efecto una decisión administrativa en razón del ejercicio ilegal de poderes discrecionales. Se ha dicho que la decisión es ilegal si es una a la que una autoridad razonable no habría llegado. Varias fórmulas han sido inventadas para definir el estándar de irrazonabilidad,<sup>144</sup> pero se asume generalmente que deja un mayor margen de apreciación a la Administración que la prueba de proporcionalidad que es aplicada por los tribunales administrativos en Alemania y Francia, o por la Corte Europea de Justicia.<sup>145</sup> Recientemente, sin embargo, los tribunales han mostrado cierta disponibilidad a aplicar estándares más estrictos de escrutinio en casos en los que hay importantes implicancias para los derechos humanos. Se ha afirmado, por ejemplo, que las decisiones administrativas que ponen en peligro el derecho individual a la vida exigen un escrutinio especialmente cuidadoso.<sup>146</sup> Esto refleja la creciente im-

---

<sup>142</sup> *Padfield versus Minister of Agriculture, Fisheries and Food* (1968) AC 997, 1030 (Lord Reid); *Breen versus Amalgamated Engineering Union* (1971) 2 QB 175, 190 (Lord Denning).

<sup>143</sup> *Associated Provincial Pictures versus Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223, 229.

<sup>144</sup> Ver, por ejemplo, *Council of Civil Service Unions versus Minister for the Civil Service* (1985) AC 374, 410 (Lord Diplock): «[...] una decisión que es extravagante en su desafío a la lógica o a estándares morales aceptados a la que ninguna persona sensata que ha aplicado su mente a la pregunta que se debe resolver no podría haber llegado». Los diferentes intentos de definición son resumidos en la opinión de Lord Lowry en *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* (1991) All ER 720, 737.

<sup>145</sup> A.W. Bradley, *The United Kingdom before the Strasbourg Court 1975-1990*, en Wilson Finnie/C.M.G. Himsforth/Neill Walker, *Edinburgh Essays in Public Law*, Edinburgh 1991, 206; Michael Beloff/Helen Mountfield, *Unconventional Behaviour? Judicial uses of the European Convention in England and Wales*, EHRLR 1996, p. 484.

<sup>146</sup> *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex. p. Bugdaycay* (1987) AC 514, 537-538 (Lord Templeman). Aun más explícita es la declaración de Sedley

portancia de la Convención Europea de Derechos Humanos, la que, aun cuando no es parte de la ley doméstica en el Reino Unido, ha sido usada en el pasado para clarificar el significado de legislación ambigua o para definir el contenido preciso de los principios relevantes del *common law*. En general, sin embargo, la influencia de la Convención se ha mantenido como limitada. A pesar de que las diferencias entre el concepto de razonabilidad y la prueba de proporcionalidad pueden haberse estrechado, todavía continúan existiendo.<sup>147</sup>

La entrada en vigencia de la Ley de Derechos Humanos que incorpora la Convención Europea en el Derecho interno británico, que el Gobierno británico contempla para la primavera de 1999, proveerá por lo tanto un estímulo importante para el mayor desarrollo del derecho público.<sup>148</sup> Dará a las Cortes superiores la facultad de emitir una declaración de incompatibilidad en casos en los que no es posible construir una ley interna en conformidad con los derechos reconocidos en la Convención, creando así una forma de revisión judicial de acción legislativa<sup>149</sup> —si bien de una manera formalmente consistente con la doctrina de la soberanía parlamentaria toda vez que no incluye la competencia para anular la ley—.<sup>150</sup> Al propio tiempo permitirá a los tribunales del Reino Unido recurrir al principio de proporcionalidad tal como se aplica en la Corte Europea de Derechos Humanos cuando examinen las

---

J. en R. *versus* Secretary of State for the Home Department, ex. p. McQuillan (1995) All ER 400, 422 j : «[...] los estándares legales a partir de los cuales las decisiones de los organismos públicos son supervisados pueden y deben diferenciar entre aquellos derechos que son reconocidos como fundamentales y aquellos que, aún cuando reconocidos por el derecho, no gozan de la preeminencia de tal *status*. Una vez que se alcanza este punto, el estándar de justificación de las infracciones a derechos y libertades por discreción del ejecutivo debe variar en proporción a la significancia del derecho en cuestión [...] Si esto es una doctrina de proporcionalidad no me detengo a indagar; si lo es, la Cámara de los Lores hace ya tiempo que ha contemplado su llegada con gran ecuanimidad».

<sup>147</sup> Ver Francesca Klug/Keir Starmer, *Incorporation through the Back Door?*, Public Law 1997, p. 230.

<sup>148</sup> El Proyecto de Ley de Derechos Humanos se presentó en la Cámara de los Lores en otoño de 1997 (HL Bill 38). Sus principales cláusulas son explicadas en el *white paper* adjunto del Gobierno denominado *Rights Brought Home: the human rights bill*, Cm. 3782.

<sup>149</sup> Sección 4, Proyecto de Ley de Derechos Humanos.

<sup>150</sup> *Rights Brought Home*, ob. cit., parágrafo 2.13.

peticiones de revisión judicial en los casos con implicancia sobre los derechos fundamentales, ajustando de este modo el control judicial sobre las medidas tomadas por el Ejecutivo en esta sensible área.

#### 2.4. La Constitución de los Estados Unidos y el *rule of law*

La tradición constitucional americana comparte algo de los supuestos en los cuales se basa el *rule of law* inglés. Una de las impactantes similitudes se da en la visión común de la naturaleza de la autoridad pública, de su carácter mixto como prerrequisito de la protección efectiva de la libertad. Como en la teoría constitucional inglesa, el pensamiento legal americano tampoco ha desarrollado un concepto de *Estado* como una entidad particular con identidad propia que encarna la totalidad del «poder público». Se funda en una interpretación de la igualdad ante la ley que es muy similar a la definición que da Dicey en su formulación clásica del *rule of law*: no solamente el hombre no está sobre la ley, sino que cualquier persona, independientemente de su rango o condición, se somete a las mismas normas legales que debe aplicarse a todos los ciudadanos.<sup>151</sup>

Los Estados Unidos, sin embargo, no han acogido el entendimiento positivista de la soberanía parlamentaria que apareció en la historia inglesa reciente. La idea americana de la soberanía refleja más fielmente el concepto original de soberanía, tal como fue expresada en el laudo constitucional de 1688, una idea que comprendía al rey, a los lores y a los comunes y representaba un acuerdo balanceado entre estos tres poderes. Una versión moderna de este concepto, el principio de controles y contrapesos (*checks and balances*) ha sido conservado en la Constitución de 1787 y ha formado la base de concepto americano de Gobierno desde entonces.

La noción de *rule of law* es mencionada raramente en los manuales de Derecho constitucional y en las sentencias de los tribunales. La cons-

---

<sup>151</sup> Un ejemplo reciente de esta aproximación el de la Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *William Jefferson Clinton versus Paula Corbin Jones*, 65 LW 4372, en el que se rechazó el argumento del Presidente de que era un requisito constitucional la suspensión del procedimiento en una demanda de derecho privado presentada contra él debido a que la continuación del juicio durante su periodo constitucional pondría una carga excesiva en el desempeño de sus obligaciones oficiales.

picua ausencia del término en el debate judicial y académico, sin embargo, no llama a sorpresa. La función que sirve en la teoría constitucional inglesa la referencia al *rule of law* ha sido cumplida exclusivamente —y bien podría decirse además que efectivamente— en el contexto americano por la idea de la Constitución como una ley principal y superior. El concepto de la autoridad superior de la Constitución es a su turno íntimamente ligada a la idea de la soberanía popular, una idea que ha sido admitida en Inglaterra solamente como un principio político pero no legal. Es mediante la invocación del carácter de la Constitución como una expresión de la voluntad popular que limita el ejercicio del poder que su carácter vinculante sobre las distintas ramas del Gobierno, incluyendo la rama legislativa, ha sido justificado y aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>152</sup> El ideal de *rule of law* por lo tanto ha sido transformado en un concepto de Derecho positivo. La precisión de sus requisitos es establecida por los tribunales en los casos particulares a través de la interpretación y aplicación de cada una de las cláusulas constitucionales.

El *rule of law* americano tal como se ha encarnado en la Constitución de los Estados Unidos es definido por dos principios fundamentales. Primero, que se respalda en una fuerte fragmentación del poder el cual no solo está dividido horizontalmente entre las diferentes ramas del Gobierno bajo un sistema horizontal complejo de controles y contrapesos, sino también verticalmente entre el Gobierno Federal y los estados. La judicatura cuenta con una posición fuerte en este sistema. No es como Montesquieu había sugerido *en quelque façon nul* sino que goza, consistentemente con la tradición del *common law*, de autonomía considerable en la construcción y aplicación de las normas legales sobre cuya base operan las diferentes instituciones de la vida americana, in-

---

<sup>152</sup> El concepto fue definido con gran claridad por el presidente de la Corte Suprema Marshall en la famosa Decisión *Marbury versus Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137: «[...] entre estas alternativas, no hay término medio. La Constitución o es una ley superior y principal, inmodificable por medios ordinarios, o tiene el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, como cualquier acto, puede alterarse en cuanto a la asamblea legislativa le plazca alterarla. Si la primera parte de la alternativa es correcta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; y si es la última la alternativa verdadera, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que está en su propia naturaleza el ser ilimitable».

cluyendo los poderes Ejecutivo y Legislativo. En segundo lugar la Constitución americana, en la tradición de la teoría política de Locke y de la Declaración de Independencia, adhiere gran importancia a la protección de las libertades individuales. Al hacerlo así refleja la ética del individualismo que ha estado en la raíz de la moderna teoría política y constitucional americana.<sup>153</sup>

Ambos principios han recibido la plenitud de su significado a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema americana. Especialmente en el campo de los derechos fundamentales, la Corte no se ha confinado a sí misma a meras consideraciones de debido proceso formal. En vez de ello ha usado el concepto de derechos individuales como un instrumento para implementar ideas sustantivas de libertad y de justicia. Desde la Decisión sobre el caso *Lochner versus New York*<sup>154</sup> a inicios de este siglo la Corte se valió de las cláusulas del debido proceso de la Constitución Federal que proscriben toda forma de privación de la vida, la libertad o la propiedad sin debido proceso, para diseñar una doctrina de debido proceso sustantivo como una protección de los derechos económicos y de propiedad. Por las próximas tres décadas la Corte se ha involucrado en un escrutinio estrecho de las regulaciones económicas, dejándolas frecuentemente sin efecto al amparo del debido proceso sustantivo.<sup>155</sup> El debido proceso sustantivo fue usado por la mayoría de la Corte para defender el ideal de una economía libre contra los intentos del Gobierno de regular el pilar principal del liberalismo económico, la libertad de contratar.<sup>156</sup> Cuando el ideal de una economía de *laissez faire* perdió su atractivo como resultado de la gran crisis de comienzos de los años treinta la intervención judicial en la legislación económica declinó gradualmente.<sup>157</sup>

La noción de una idea sustantiva de libertad, sin embargo, no quedó perdida. Reapareció después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la

---

<sup>153</sup> Ver Donald P. Kommers, *German constitutionalism: a prolegomenon*, Emory Law Journal 40 (1991), p. 872.

<sup>154</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>155</sup> John B. Atanasio, Personal freedom and economic liberties: American Judicial Policy, en: Paul Kirchhof/Donald P. Kommers (editores), *Germany and its Basic Law* (1993), pp. 226 y ss.; Gerald Gunther/Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*, 13ª edición (1997), p. 460 y ss.

<sup>156</sup> Gunther/Sullivan (nota 155), p. 460.

<sup>157</sup> Anastasio (nota 155), p. 228 y ss.

Corte comenzó a aumentar la protección de las diferentes garantías constitucionales ligadas a la idea de libertad personal.<sup>158</sup> Esta jurisprudencia se concentró en tres áreas principales: una más rigurosa aplicación del principio de igualdad,<sup>159</sup> el reforzamiento de los requisitos del *Bill of Rights* sobre justicia procesal, particularmente con respecto a los derechos del acusado en los procedimientos penales,<sup>160</sup> y una interpretación amplia del concepto de libertad personal. Lo último no solamente incluyó una interpretación particularmente liberal de la protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión,<sup>161</sup> sino también el reconocimiento de los derechos fundamentales que no están explícitamente enumerados en la Constitución, de los cuales el más importante era el derecho a la privacidad, que proporcionó la base para la invalidación de las leyes que prohibían el uso de anticonceptivos<sup>162</sup> o restringían el aborto.<sup>163</sup>

La evolución de las ideas de la Corte sobre los derechos fundamentales sustantivos puede decirse que reflejó la dinámica cambiante de la política y de la vida social americana. Aun cuando la Corte Suprema, en contraste marcado con el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, carece de un concepto de derechos fundamentales como un «orden objetivo de valores»,<sup>164</sup> sus ideas sobre el carácter sustantivo de los derechos negativos contenidos en la Constitución americana han impactado

---

<sup>158</sup> Louis Henkin hace una revisión de esta jurisprudencia en *The Age of Rights* (1990), pp. 119-121.

<sup>159</sup> Se inició con el famoso caso *Brown versus Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

<sup>160</sup> La Decisión que marca un hito a este respecto es *Miranda versus Arizona*, 383 U.S. 384 (1966). Sobre los detalles ver Richard Frase, «Fair Trial Standards in the United States of America», en: David Weissbrodt/Rüdiger Wolfrum (editores), *The Right to a Fair Trial* (1997), p. 36 y ss.

<sup>161</sup> *New York Times versus Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>162</sup> *Griswold versus Connecticut*, 381 U.S. 471 (1965).

<sup>163</sup> *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>164</sup> Kommers (nota 153), p. 862; David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, *University of Chicago Law Review* 53 (1986), 864, en las páginas 872 y sigs., señala, sin embargo, que la Corte Suprema ha encontrado elementos positivos en alguna de las cláusulas fraseadas negativamente en la Constitución americana, a pesar que estos elementos ciertamente no añaden nada a una teoría coherente de los derechos fundamentales como principios objetivos, según esta ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán.

sobre la evolución de la legislación ordinaria en los Estados Unidos que es similar a la de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el orden legal alemán. Las decisiones de la Corte han influido profundamente la práctica legal en áreas tan diversas como relaciones interraciales, derecho penal o aborto. Aun más, el activismo judicial de la Corte ha favorecido el aumento de una mayor conciencia sobre los derechos de parte de los diferentes grupos en la sociedad con el resultado de que el lenguaje de los derechos se introduce el debate político hasta grados sin precedentes.<sup>165</sup> De otra parte, este desarrollo ensancha considerablemente la esfera de los conflictos potenciales entre la judicatura y las ramas políticas del Gobierno, y hace a la Corte vulnerable a los reclamos de que carece de mandato para frustrar la voluntad de la mayoría de votantes a lo largo de todo el país —sobre la base de conceptos de valores fundamentales para los cuales no hay suficiente apoyo ya sea en el texto, la historia o la estructura de la Constitución—. <sup>166</sup> Este debate, que tiene profundas implicancias para la legitimidad y límites de los fallos constitucionales, refleja las dificultades involucradas en el establecimiento de límites claros entre el derecho y la política en una sociedad en la que el respeto por la ley va de la mano con un compromiso igualmente fuerte con el principio de democracia. A la misma vez es indicativo del grado hasta el cual la idea de un «gobierno por la ley, y no por los hombres» ha llegado a ser parte de la práctica política americana a partir de la Constitución de 1787.

### III. CONCLUSIÓN

Los conceptos de *rule of law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit* se refieren al problema de la imposición de límites efectivos al ejercicio de la autoridad pública para salvaguardar los derechos y libertades del ciudadano. Su definición precisa depende de los conceptos prevalecientes de ley y

---

<sup>165</sup> Sobre este aspecto ver James T. Patterson, *Grand Expectations, The United States 1945-1974* (1996), pp. 640-642. Henkin, ob. cit., p. 121, habla de una «explosión de derechos» en los Estados Unidos después de la guerra.

<sup>166</sup> La crítica de la Corte ha sido una característica constante del desarrollo del constitucionalismo americano. Para una breve historia de las controversias que rodean a la Corte desde fines del siglo diecinueve ver William M. Wiecek, *The Liberal Critique of the U.S. Supreme Court*, en: *Wellenreuther*, ob. cit., pp. 373-392.

de autoridad pública los mismos que también son susceptibles de cambiar. En la Edad Media, que percibió el poder político como un fenómeno estático atado a normas inmutables de derecho divino y natural, el problema no era manifiesto. Fue solamente con la llegada de una visión dinámica de la relación entre la política y el Derecho que surgió la pregunta de cómo ligar a la autoridad pública mediante normas legales que, por lo menos en principio, pueden cambiar libremente. Gran Bretaña y los Estados Unidos, que podían contar con una larga tradición de poder político fragmentado y con el concepto de *common law* como una fuente autónoma de derecho, estaban mejor preparados para hacerse cargo del reto que los países de Europa continental, en los que la tradición estatal, que había emergido durante la era del absolutismo y se transfirió a los regímenes constitucionales del siglo diecinueve, identificó la esencia de la soberanía estatal con su monopolio sobre la facultad de dictar leyes. Las nociones de una ley superior con validez universal sobrevivieron, como por ejemplo en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre, pero la tendencia general fue a reducir el Estado de Derecho al cumplimiento de los requisitos procesales prescritos en el proceso legislativo y a ciertos aspectos formales de las normas así creadas, en tanto que se excluía la sustancia de las normas y las condiciones democráticas o no democráticas de su adopción desde este ámbito.

El concepto formal del Estado de Derecho ha sido desacreditado por las catástrofes políticas del siglo veinte. El concepto sustantivo que lo ha reemplazado no se ha basado en teorías del derecho natural o divino sino en la moderna noción de constitución. La constitución no solamente contiene normas sobre la distribución de poderes entre los distintos órganos estatales, sino que también incorpora valores sustantivos en la forma de garantías para los derechos fundamentales que dirigen y limitan el ejercicio de la autoridad pública. El argumento central, que provee de una base para el rango superior de la Constitución y para su carácter vinculante respecto de las diferentes ramas del Gobierno debe encontrarse, como lo señaló casi hace doscientos años el presidente de la Corte Suprema Marshall<sup>167</sup> ni en la teoría legal ni en conceptos abstractos de carácter religioso ni filosófico sino en la doctrina política secular de la soberanía popular. La Constitución le debe su *status* espe-

---

<sup>167</sup> Ver nota 152.

cial a su carácter como una expresión de la voluntad del pueblo de limitar los usos posibles de la autoridad pública. Esta voluntad del pueblo debe tener precedente sobre la de sus representantes en caso de conflicto. En tanto documento escrito la Constitución puede ejecutarse por los medios ordinarios de su construcción tal como es aplicada por los tribunales los cuales están apartados del proceso político y puede por lo tanto confiarse que actuarán como guardianes desinteresados de sus principios más importantes. Aun más, el concepto de Constitución cuenta con la necesaria flexibilidad para la adaptación de la ley (ordinaria) a las necesidades cambiantes de la sociedad, en tanto que a la vez mantiene la idea de un cuerpo de normas fundamentales de dignidad y estabilidad especiales a través de las cuales define la existencia de la comunidad.

A pesar de que persisten las diferencias sobre la manera en la que operan a un nivel práctico, es en este sentido amplio que los conceptos de *Rechtsstaat*, *État de Droit* y *rule of law* son usados en Europa occidental y, después de los grandes cambios de 1989-1990, también de una manera creciente en Europa central y oriental. La idea del Estado de Derecho es caracterizada por su carácter programático, lo cual significa que no puede ser exclusivamente identificada con un concepto legal específico u otro, sino que comprende todo un conjunto de principios que gobiernan la moralidad del ejercicio de la autoridad pública en una sociedad en un momento determinado de su historia. Un ejemplo excelente para esta función del Estado de Derecho se aprecia en el uso abundante de la cláusula del *Rechtsstaat* de la Constitución interina de Polonia por el Tribunal Constitucional de dicho país para acelerar la transformación de Polonia en una democracia liberal de tipo occidental. Es este proceso la cláusula del *Rechtsstaat* ha servido para elevar casi cualquier componente del derecho suprapositivo a rango constitucional.<sup>168</sup> De otra parte la naturaleza programática del principio del Estado de Derecho significa que su sentido como un concepto legal es grandemente disminuido una vez que sus requerimientos principales han devenido en parte de la ley (constitucional) positiva. En esta situación su función se reduce a aquella de una idea general de autoridad pública que puede informar la interpretación de normas constitucionales espe-

---

<sup>168</sup> Mark F. Brzezinski/Leszek Garlicki, *Judicial Review in Post-Communist Poland: The emergence of a Rechtsstaat?*, *Standord Journal of International Law* 31 (1995), pp. 35-42.

cíficas o servir como un argumento para la modificación o enmienda de arreglos constitucionales existentes. Su redundancia en un sistema político con prescripciones constitucionales detalladas para la limitación del poder ha sido demostrada por la historia del constitucionalismo en los Estados Unidos, que ha tenido éxito al administrar los problemas asociados con el Estado de Derecho sin adoptar formalmente tal concepto en sí mismo.