

- **Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU**
- **Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)**

CAPÍTULO 3

**LAS BASES DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO  
PÚBLICO REVOLUCIONARIO**

**I. El Derecho Público del Antiguo Régimen**

En la Edad Moderna el trabajo tenaz de los reyes servidos por sus juristas ha concluido por cuajar en la forma política nueva que se llamará el Estado moderno. El concepto básico es el de soberanía o, en nuestra terminología propia, el de «poderío real absoluto». Bodino, Maquiavelo, Hobbes, una pléyade de autores y juristas menores, respaldan esta gran creación histórica, que llevarán a la práctica, sobre todo, las grandes monarquías nacionales.

Los primeros tratados de Derecho Público estrictamente tal van a surgir en Europa en este momento, precisamente, para explicar la posición y los derechos de los nuevos poderes soberanos. Meinecke, en su gran libro *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*<sup>1</sup> ha mostrado cómo al hilo de la razón de Estado se inicia esta literatura jurídica nueva. La idea esencial es que la razón de Estado es el medio de quebrantar el Derecho positivo de los estamentos y de las instancias privilegiadas; el «bien público» podía en cada momento exigir e imponer una modificación jurídica. «El que la esfera del Derecho, tan conservadora por naturaleza, entrara en movimiento y fluidez no sólo de hecho, sino también idealmente, en las normas y representaciones axiológicas de los hombres, iba a ser de indecible significación histórica». Se ha encontrado, pues, el medio de quebrantar la «costra tan tenaz de Derecho consuetudinario y de pri-

<sup>1</sup> Utilizo la traducción española de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

vilegios que... tan terco obstáculo había de oponer a la constitución del Estado moderno». «La razón de Estado puso en manos de los príncipes el martillo con el que pudieron hendir la costra de la tradición jurídica. En este sentido la razón de Estado tuvo mayores efectos que la recepción del Derecho Romano en el siglo XVI... en Alemania.» Un punto capital de la teoría era «la liberación del imperio del Derecho positivo en caso de necesidad». «*La ragione di stato e un necessario eccesso del iure commune per fine di pubblica utilità*», dirá Andrea Canonhiero, *Dell'introduzione alla politica, alla ragion di Stato*, 1614. Meinecke cita por extenso varios autores como Hermann Conring (*Ratio status*, 1651), Arnold Clapmarius (*De arcanis rerum publicarum*, 1604), Johannes Curvinus (*Discursus de arcanis rerum publicarum*, 1644), etc.<sup>2</sup>.

Quebrantar el Derecho comun, justificar las exorbitancias, las derogaciones a las Leyes establecidas, todo sobre la base de una superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho. No se describen propiamente relaciones jurídicas, dada la posición supraordenada del Príncipe y supuesta la regla *princeps legibus solutus est*, que le exime del imperio de las Leyes<sup>3</sup>. Las únicas relaciones jurídicas que se tratan como tales son las relativas al Derecho Privado; el Príncipe, si absuelto de las Leyes positivas, está *abstrictus* al Derecho natural y de gentes, vía por la

<sup>2</sup> No citado por MEINECKE. creo que el primer tratado español de Derecho Público, el de Antoni PEREZI, *Ius publicum. Quo arcana et iura Principis exponuntur*, Amsterdam, 1657. No confundirlo con su homónimo el famoso secretario de Felipe II, que le precede en casi un siglo. Se titula consejero del rey y de la Universidad de Lovaina, donde firma su prólogo. Aunque más inclinado a los problemas del Sacro Romano Imperio —el libro está dedicado a Leopoldo de Habsburgo, rey de Hungría y de Bohemia—, sería interesante un estudio analítico de esta obra, que ahora no es, naturalmente, precedente.

<sup>3</sup> Cfr. D. WYDUCKEL, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmoderne Rechts- und Staatslehre*, Berlín, 1979.

cual entran las dos grandes instituciones civiles de la propiedad y del contrato; un *ius eminens* puede romper en el caso concreto los vínculos derivados de esas instituciones, pero ello obligará al Rey a una indemnización. La doctrina del Fisco, las primeras regulaciones de la expropiación y de los contratos públicos, se desarrollan para explicar este peculiar ámbito relacional.

No nos interesa ahora demasiado seguir la evolución de esos principios, sino situarnos inmediatamente en las vísperas de la Revolución Francesa, para poder comprender las innovaciones radicales que ésta aporta. En dos textos expresivamente definitorios resumiremos la situación del Derecho Público prerrevolucionario.

En primer término, Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.<sup>a</sup> edición, 1689, justo un siglo antes de la Revolución, en el momento mismo del cenit de Luis XIV. Hay una 2.<sup>a</sup> edición de 1777, que nos sitúa ya en los pródromos mismos de ese gran suceso. El libro, aunque referente a las Leyes civiles, tiene una segunda parte más compendiosa con el título de *Droit Public*<sup>4</sup> y de ella destacaremos ahora sobre todo, por su significación, la dedicatoria al Rey Luis XIV, porque en ella resume el autor toda la intención y la significación de su trabajo. Dice así (aunque el texto es mucho más largo):

Para tratar a fondo el Derecho Público en su extensión y tal como está en uso en vuestro Reino es preciso comenzar por los fundamentos de la autoridad y del poder que Dios ha puesto en la persona sacrosanta de vuestra Majestad para gobernarlo, de los derechos ligados a ese poder, de la veneración, de la obediencia y de la fidelidad que le deben sus súbditos y a todas sus órdenes. Es preciso entrar en el detalle de los derechos que encierran el uso de ese poder en paz y en guerra, las fuerzas y las otras ayudas necesarias para hacer subsistir el Estado en orden y tranquilidad y defenderle contra

<sup>4</sup> La edición de 1777 está en esta parte actualizada por DE HERICOURT.

las empresas de los enemigos. Es preciso tratar en él de la policía general del Reino, los diferentes estamentos de personas que componen el Estado, de sus funciones, de sus deberes, del arte militar, de las finanzas, de la Administración de Justicia, del castigo de los crímenes, del orden judicial, de los deberes de los jueces y de todo el detalle que estas partes generales del orden público deben incluir. Como son todas estas materias las que ocupan a vuestra Majestad y que son el objeto más digno del uso de su poder, yo he intentado, para responder en tanto que me ha sido posible a su dignidad y al gran celo de vuestra Majestad por la *Religión y por la Justicia, fundar sobre los principios de la una y de la otra las materias del Derecho Público. Pues como el orden público es la obra de Dios mismo, que dispone del gobierno de todos los Estados, que da a los reyes y a los otros príncipes todo su poder y que regula el uso y el orden del cuerpo de la sociedad de los hombres de los cuales él ha puesto los Jefes, es en la fuerza de las verdades que él nos enseña por la Religión y en las luces naturales de la justicia y de la equidad donde es preciso profundizar el detalle de las reglas del Derecho Público.*

Se verá que aquí se habla de la autoridad y del poder del rey y sólo de «la veneración, la obediencia y la fidelidad» de los súbditos; no hay otros «derechos» que los «que encierran el uso de ese poder en paz y en guerra», propio del Rey. Se apreciará el fundamento teológico explícito de ese poder supraordenado y de su ejercicio. Retengamos todo esto para poder comprender mejor el cambio radical de planteamiento y de soluciones que advendrá apenas doce años más tarde de la 2.<sup>a</sup> edición de esta obra clave del Antiguo Régimen.

El fondo de la decisión del poder no está afectado, pues, por límites jurídicos. Está remitida, simplemente, a la prudencia del Príncipe, a su discreción, a su recto juicio moral. De ahí la importancia de la educación del Príncipe, de la formación de su conciencia y de su criterio, como ha estudiado Maravall en la literatura política del siglo xvii español. La Ilustración elevará a ideal político la existencia de un

Príncipe Ilustrado, dentro de esa misma línea. Su fórmula política se concretará por ello, con toda consecuencia, en un despotismo ilustrado decidiendo desde su sola discreción libre.

Un viejo apotegma del Derecho Público francés decía expresamente: *Chacun tient du Roy, le Roy ne tient de personne*, todos están obligados en algo al Rey, el Rey no está obligado nunca con ninguno<sup>5</sup>. No se podría explicar mejor la falta de cualquier relación jurídica activa contra el poder. Es un principio que viene a negar rotundamente toda posibilidad formal de vincular jurídicamente al Rey.

Un segundo texto, ya mucho más inmediato a la Revolución, puede aún ser traído a colación. El 3 de marzo de 1766 el Rey Luis XV habla ante el Parlamento de París para oponerse a una de las *rémontrances* o vetos devolutivos que este cuerpo había opuesto a una decisión suya. En la llamada «sesión de la flagelación», el Rey reprocha a ese órgano judicial nobiliario que pretenda arrogarse la representación y defensa de los derechos de la nación, y dice: «Los derechos y los intereses de la nación de los que se osa hacer un cuerpo separado del monarca están necesariamente unidos con los míos y no reposan más que en mis manos. No soportaré que se forme en mi reino una asociación que haría degenerar en una confederación de resistencias el vínculo natural de los mismos deberes y de las obligaciones comunes, ni que se introduzca en la monarquía un cuerpo imaginario que no podría más que enturbiar la armonía de ésta... En mi persona sola reside el poder soberano, cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de razón... La plenitud de esta autoridad, que los Tribunales no ejercen más que en mi nombre, permanece

<sup>5</sup> Antoine LOYREL, *Institutes coutumières*, ed. de París, 1846 (originaria, de 1607) por Dupin y Laboulaye, París, II, pág. 36. Su origen estaría en una contestación real del Rey Francisco I a unos nobles que pretendieron reclamarle algo.

siempre en mí y su uso no puede ser jamás usado contra mí»<sup>6</sup>. Es un resumen contundente de todo el elemental Derecho Público del Antiguo Régimen.

## II. La Nación sustituye al Rey como titular del poder

Frente a toda esa construcción, religiosa o mítica<sup>7</sup>, barroca y misteriosa<sup>8</sup>, las ideas que la Revolución Francesa ofrece son de una perfecta simplicidad. Podría decirse que la Revolución «desencanta» el poder, lo reduce a un mecanicismo humano, común, ordinario, racional, lo hace descender a la ciudad.

Todo el ideario político de la Revolución está concentrado, como el árbol frondoso en la semilla, en el fundacional texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En su artículo 3 se ha inscrito la idea esencial del nuevo orden político: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella». Partiendo de

<sup>6</sup> Referencias en OLIVIER-MARTIN, *Histoire du Droit Public. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII<sup>e</sup> siècle* París, les Cours de Droit, 1950, pág. 89. M. L. PAVIA, «La Loi en 1791», en la obra colectiva *1791. La première Constitution française. Actes du colloque de Dijon*, París, 1993, pág. 331.

<sup>7</sup> Como ha dicho Pierre NORA, «los teólogos de la monarquía, los historiadores del rey y los oficiales o juristas de la corona consiguieron fijar sobre la institución monárquica, sobre el cuerpo del rey, algo divino que se vinculaba a la Iglesia y al cuerpo de Cristo». En la obra colectiva, dirigida por el propio NORA, *Les lieux de mémoire*, II; *La Nation*, vol. III, París, 1986, pág. 647.

<sup>8</sup> Se habla, como hemos visto en los mismos títulos de los primeros iuspublicistas, de *arcana principis*, del poder como *mysterium terribile*, terrible porque lo es que Dios entregase la disponibilidad absoluta sobre los pueblos, sobre la vida, la muerte, el destino entero de los hombres a un solo hombre entre todos.

que todos los hombres «nacen y permanecen libres e iguales» (art. 1 de la Declaración), sólo de ellos mismos puede surgir un poder que les afecte. Sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma. Es el principio básico sobre el poder que la Revolución aporta, que toma, evidentemente, de las tesis pactistas, en especial de sus formulaciones de Locke y Rousseau. Es el soporte de la rebelión del tercer Estado, de su autodenominación como Asamblea Nacional y Asamblea Constituyente, de la proclamación de sus grandes decisiones fundacionales.

Pero esa idea no es sólo el punto de apoyo de la formidable basculación de poder que la Revolución ha consumado, el paso de la soberanía desde el monarca al pueblo; es también la idea esencial a través de la cual el nuevo titular del poder ha de ejercer éste en adelante. El ejercicio de la autoridad, dice ese artículo 3, no puede ser realizado sino como «emanación» de la soberanía del pueblo, atribuido, pues, por éste y como «agente» o comisionado del mismo, sin que la soberanía como tal pueda pasar a ningún individuo, a ningún estamento o corporación. Con esta salvedad se está excluyendo de modo expreso la posibilidad de apropiación histórica, personal o estamental, del poder, que era lo que el Antiguo Régimen ofrecía a través de instituciones como la monarquía o los oficios estamentalizados o ennoblecidos como propiedades hereditarias. La autoridad la ha de ejercer siempre el pueblo, los agentes que actúen en su nombre serán ocasionales, temporales, revocables, nunca propietarios del poder, que pueden ejercer sólo en nombre del pueblo y por comisión del mismo.

Ahora bien, ¿cómo articular esa técnica de ejercicio del poder que impide su apropiación y que mantiene siempre presente la idea de que el poder ejercido es de todos y no del agente que lo actúa?

A este respecto, la Constitución de 1791, primera en que la Revolución plasma sus ideas estructurales sobre el poder, obra de la Asamblea Constituyente, como es sabido, es especialmente cuidadosa. El Título III, «De los poderes públicos», comienza en su artículo 1 con una paráfrasis muy expresiva del artículo 3 de la Declaración de 1789 (que recordemos que encabeza a la Constitución entera) en esta forma: «La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna parte del Pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio». La intención de mantener incorporada la soberanía a la nación o al pueblo (tres conceptos, por cierto, a los que el texto presta mayúsculas) de forma inseparable y permanente es, como se ve, patente. Más chocante puede parecer inicialmente la expresión de que «nadie puede atribuirse el ejercicio de la soberanía». Quiere decir, evidentemente, dos cosas: por una parte, que no cabe un ejercicio en nombre propio, como un derecho personal; esto era lo propio de las antiguas potestades y es, justamente, lo que pretende proscribirse para siempre<sup>9</sup>. En segundo término, parece también claro que quiere significarse que lo que inmediatamente se va a calificar de «delegación» del ejercicio de la soberanía no puede ser total, sino sólo parcial, fragmentaria y limitada<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> En los términos clásicos de SIEYÈS: «La comunidad no se despoja del derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede más que comisionar su ejercicio.» Por otra parte, «el cuerpo de delegados no puede tener la plenitud del ejercicio de ese poder. La comunidad sólo ha podido confiarle, de su poder total, una porción...». En *Qu'est-ce que le Tiers État?*, cap. V (reimpresión de la ed. de 1789, París, 1982, pag. 66). Y en otro lugar: «La idea de Representante es moderna: nos viene del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el cual la especie humana se degradó y donde hasta el nombre de hombre fue deshonrado».

<sup>10</sup> Como dice BASTID, *Sieyès et sa pensée*, nueva ed., París, 1970, pag. 372, SIEYÈS había recaído siempre, tanto por la vía histórica como por la vía lógica, «en esta idea de que el régimen representativo supone una reglamentación minuciosa de las competencias», un sistema de tasa legal de competencias, como luego trataremos nosotros de explicar. En su *Qu'est-ce que le Tiers État*,

El artículo 2 de este mismo Título de la Constitución perfila más esta construcción central de la articulación del nuevo poder: «La Nación, de la cual únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo [al que se llamará más adelante “Asamblea Nacional Legislativa”] y el Rey». Aquí está justamente la clave sobre el ejercicio práctico de la soberanía, la representación política, a cuyo efecto se llama también delegación. La idea de representación, no sólo contraria sino condenada expresamente por Rousseau<sup>11</sup>, es la gran aportación técnica de Sieyès al pensamiento constitucional revolucionario<sup>12</sup>, y había sido ya recibida en el

pág. 66, SIEYÈS es formal: dos caracteres implican la representación: «1.º La voluntad (representativa) no es plena e ilimitada en el conjunto de representantes, no es más que una porción de la gran voluntad común nacional. 2.º Los delegados no la ejercen como un derecho propio, pues el derecho es de otro; la voluntad común no está ahí más que en comisión o encargo» (fiduciariamente, podríamos decir, con un término —*trust*— que vimos que estaba ya en LOCKE).

<sup>11</sup> ROUSSEAU, *Contrat social*, liv. II, cap. I: «El Soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.»

<sup>12</sup> Vid. P. BASTID, *op. cit.*, 2.ª ed., París, 1970, págs. 369 y ss. «El pueblo no puede hablar más que por sus representantes», dice SIEYÈS. La construcción técnica de esta representación, que excluye el mandato imperativo, es muy matizada, pero no es ahora nuestro tema. Convendrá precisar que, frente al declarado orgullo de SIEYÈS como supuesto inventor de la doctrina de la representación, el principio (que tiene precedentes en todos los pactistas y, por tanto, en HOBBS y LOCKE) está ya expuesto y perfectamente desarrollado en MONTESQUIEU, al tratar justamente de la organización del poder legislativo. En el justamente famoso libro XI, capítulo 6, de *L'Esprit des Lois* (pág. 199 del tomo II de las *Oeuvres complètes* de «La Pléiade», París, 1951), MONTESQUIEU dice: «Como en un estado libre todo hombre libre que se considera que tiene un alma libre debe ser gobernado por sí mismo, es necesario que el pueblo en su conjunto tenga el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados y está sujeto a muchos inconvenientes en los pequeños, es preciso que el pueblo haga por sus representantes todo lo que no puede hacer por sí mismo... La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo no es apropiado para ello». Conviene tener presente que, como ha notado últimamente BAKER (*Inventing*

artículo 6 de la Declaración de 1789 como técnica indispensable para el gobierno de una gran nación, imposible de ser regida por la democracia directa que Rousseau propugnaba (y que, por esto sólo, habría de limitarse de hecho a las pequeñas ciudades libres).

Pero es muy importante notar que esta Constitución establece ya la neta diferencia entre los «representantes», que son los parlamentarios y el Rey, como hemos visto, y todos los que participan en el Poder Ejecutivo, que son, simplemente, «agentes», «funcionarios», «administradores». Enérgicamente se subraya: artículo 2 de la Sección II del capítulo IV: «Los administradores *no tienen ningún carácter de representación. Son agentes* elegidos temporalmente por el pueblo para ejercer, bajo la vigilancia y la autoridad del Rey, las funciones administrativas». Aquí está, ha dicho Carré de Malberg<sup>13</sup>, en esta distinción entre representantes y agentes, un concepto fundamental «porque contribuye poderosamente a revelar el verdadero y profundo alcance de toda la concepción sobre la cual fue fundada después de 1789 la organización estatal propia del Derecho Público

*the French Revolution*, págs. 224 y ss.; es un estudio muy agudo sobre *Representation redefined*), los Estados Generales no representaban en absoluto a la nación como un todo, sino a los particulares intereses de sus comunidades y Estados o estamentos respectivos, que es, justamente, lo que da su significado propio a los *cahiers de doléances*; el único representante del Estado en el Antiguo Régimen es el Rey, según los conocidos conceptos de BOSSUET: «A través de los reyes Dios ejerce su mando»; «el Estado entero está en la persona del Príncipe». Cfr., en general, sobre la creación revolucionaria, R. REDSLOB, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789*, Leipzig, 1912, págs. 57 y ss.; H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín, 1974, págs. 406 y ss.; H. F. PITKIN, *The concept of Representation*, Berkeley-Los Ángeles, 1967. Y las excelentes recopilaciones de H. RAUSCH en la serie «Wege der Forschung», en *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, Darmstadt, 1968, y *Die Geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung*, 2 vols., Darmstadt, 1980.

<sup>13</sup> Carré de MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1984, págs. 20-21.

francés». «Se ha abierto un verdadero abismo jurídico por los fundadores del Derecho Público francés entre el Parlamento, que es declarado por la Constitución como el representante, y por tanto igual a la nación, y los otros personajes u organizaciones que, según la Constitución, no son más que agentes de ejercicio de una función del poder nacional..., simples autoridades comisionadas». Son, además, agentes porque sólo pueden actuar, como veremos, en virtud de la Ley, sólo en la cual está la voluntad general, nunca en quienes la ejecutan o aplican, que son, necesariamente, un *quid aliud*.

Incidentalmente, interesa notar que el concepto de Nación de la Declaración no tiene nada que ver con el que poco después elaborarán y pondrán a punto los idealistas y los románticos alemanes, una entidad espiritual y supra-personal forjada por la historia y llamada a ser, como tal ente colectivo, protagonista futuro de dicha historia y titular de pretensiones que se imponen por su superioridad a los intereses de sus miembros. Es, por el contrario, un concepto individualista (como toda la concepción jurídica revolucionaria) y no traspersonal, y jurídico, no histórico (inicialmente al menos). La definición clásica de Sieyès lo expresa admirablemente: «¿Qué es una nación? Un cuerpo común y representado por la misma legislatura»<sup>14</sup>. Es por ello no sólo posible sino obligado que la voluntad de la nación deba de expresarse a través de la voluntad de sus miembros, cada uno de los cuales y todos juntos conviven en un régimen de total libertad.

### III. La Ley como expresión del gobierno de la Nación

El siguiente paso, que resulta esencial para todo el conjunto, es que todos esos agentes, que se insertan en la orga-

<sup>14</sup> SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État*, cap. I. En la edición crítica de E. CHAMPION (reed. de 1982), pág. 31.

nización a través del juramento, van a ejercitar únicamente los poderes que la Ley haya previsto para la materia concreta en que se ejercitan. Es la idea capital del gobierno por la Ley o del *règne de la Loi*, expresión capital, que veremos aparecer tempranamente entre los conceptos revolucionarios.

Esa idea está ya explícitamente en la Declaración de 1789. Vimos en el capítulo precedente que el artículo 4 había aportado la idea esencial de la Ley como límite de las libertades, como la técnica para asegurar la concurrencia y la coexistencia recíproca de las libertades de todos los ciudadanos. Pero la Declaración contiene otros cuatro artículos capitales para definir el papel esencial que se reserva a la Ley en la construcción política, los artículos 5, 6, 7 y 8. Recordemos su texto, que deberemos tener presente en todo lo que sigue.

Art. 5. «La Ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena».

Art. 6. «La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación. La Ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella y, por tanto, igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

Art. 7. «Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ésta prescriba. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero cualquier ciudadano llamado o intimado en virtud de la Ley debe obedecer al instante: será culpable si se resiste a ello».

Art. 8. «La Ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie podrá ser conde-

nado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada».

En estos cuatro prodigiosos artículos (unidos al art. 4, ya comentado más atrás) se encierra una idea esencial, la de la legalización general del ejercicio del poder, la idea de la que va a surgir, justamente, todo el nuevo Derecho Público europeo ulterior. Pocas veces una formulación legislativa aparentemente tan simple, y por de pronto tan corta, habrá tenido una trascendencia tan espectacular. Se encierra ahí todo el futuro de la organización política y del Estado para varios siglos (acabamos de entrar en el tercero, y no se vislumbra aún el fin del modelo).

No bastaba con trasladar la titularidad del poder desde el monarca al pueblo, poder que éste ha de ejercer a través de sus representantes y de sus agentes, como hemos visto. La gran, la formidable novedad es que ese poder el pueblo va a ejercerlo precisamente a través de la Ley. La relación entre el poder que los ciudadanos crean por el pacto social y estos mismos ciudadanos, que han de soportar el ejercicio de ese poder, ha de realizarse precisamente a través de la Ley, que es la expresión de la voluntad general, según el dogma rousseauiano, que el artículo 6 de la Declaración, como hemos visto, recoge. Pero esa Ley sólo puede producirse por mandatos generales, como el propio Rousseau había precisado en una de las ideas centrales de su construcción intelectual<sup>15</sup>. La sustitución del monarca por el

<sup>15</sup> ROUSSEAU, *Contrat social*, liv. II, cap. VI, que tiene el epígrafe «De la Loi». «¿Pero qué es, en definitiva, una Ley? En tanto que nos contentemos con relacionar esta Ley con ideas metafísicas, continuaremos razonando sin entendernos... no se sabrá mejor qué es una Ley del Estado. Yo he dicho ya que no hay voluntad general sobre un objeto particular... Pero cuando todo el pueblo decide sobre todo el pueblo no se considera más que a sí mismo y si entonces se forma una idea es la del objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se decide es general, como la voluntad que decide. Es a este acto al que yo llamo Ley... Sobre esta idea se ve al instante que no es preciso pre-

pueblo implica también, por tanto, un cambio del instrumento de gobierno; el Rey era una voluntad singular, que se legitimaba como vicaria de la divina, y que, por tanto, podía gobernar por órdenes generales o por mandatos singulares o particulares, por privilegios o *leges in privos lata*; podía excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de una Ley previa, podía avocar para decidir *par mon plaisir* cualquier contienda o cualquier proceso. Su reino no era, pues, un imperio de Leyes, sino el imperio de una voluntad absoluta e irresistible, situada en una posición general y abstracta de superioridad sobre sus súbditos, de la que podía extraer en cada momento, en cualquier forma, cualquier contenido.

Que ahora hubiera de mandarse a través de Leyes generales y comunes a todos, precisamente, tenía unas consecuencias trascendentales. Desde la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye, como bien sabemos, «nadie puede ser impedido de hacer lo que la Ley no prohíbe», precisa con todo rigor el artículo 5 de la Declaración de 1789. Y más aún, y esto resulta decisivo: «Nadie puede ser forzado o constreñido a hacer lo que la Ley no ordena». La relación política del ciudadano con el poder dejará de ser una relación de sujeción o subordinación personal, como la del esclavo a su *dominus*, o como la del hijo pequeño a la autoridad de su padre; será, en adelante, una relación jurídica específica de simple obediencia a la Ley. Relación específica porque la Ley no puede formular de nuevo un principio general y abstracto de sumisión, sino que ha de referirse necesariamente a un contenido deter-

---

guntar a quién pertenece hacer las Leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni el Príncipe está sobre las Leyes, puesto que él es miembro del Estado; ni la Ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto hacia sí mismo; ni como se puede ser libre y a la vez sujeto a las Leyes, puesto que las Leyes no son más que registros de nuestras voluntades... Yo llamo, pues, República a todo *Estado regido por Leyes*. Esta última expresión, subrayada por nosotros, es esencial.

minado, a una acción que, aunque enunciada en términos generales y abstractos, ha de referirse a una materia concreta, la cual se presenta como una excepción singular a la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye y en la que el ciudadano está instalado.

De este modo, y esto resultará decisivo, el poder público se descompondrá en un conjunto de competencias legales específicas asignadas a los distintos agentes, según las materias que correspondan a su lugar en la distribución organizativa de los distintos servicios. Los jueces aplicarán la Ley, en la medida en que ésta disponga, particularizando en la sentencia su mandato general. El jefe de policía dispondrá de las facultades de prohibición, de autorización, de sanción que la Ley haya previsto que ejercite. El funcionario de Hacienda dispondrá de las competencias para fijar la base tributaria como la Ley la haya configurado, para aplicar a esa base el tipo fiscal establecido por la propia Ley, para recaudar según los procedimientos que la Ley también habrá tasado, etc. El poder se ejercerá, por tanto, a través de un sistema de competencias estrictamente delimitadas por la Ley y cuya ejecución será considerada una mera ejecución legal. Todo el poder público resultará estrictamente legalizado, en su conjunto y en cada una de sus aplicaciones singulares.

Por ello, y esto es esencial, la obediencia no puede exigirse más que «en virtud de la Ley», como dice el artículo 7 de la Declaración, «en nombre de la Ley», como se precisará enseguida. Todos los ciudadanos están sometidos a la Ley, pero ninguno a ningún imperante, Rey, Príncipe, señor, funcionario o agente en particular; éste es una simple «boca que pronuncia las palabras de la Ley», en la fórmula famosa que acuñó Montesquieu<sup>16</sup> para expresar la posición y la fun-

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. 6 (pág. 404 en el tomo II de la edición de «La Pléiade», cit.). La frase sigue diciendo de los jueces:

ción del juez en un sistema de justicia actuable según las Leyes, sometida a las Leyes y no fruto de ninguna superioridad personal del juez, ni del rey como juez supremo ni de los jueces ordinarios como vicarios suyos.

El poder más terrible del príncipe y de los jueces que actúan en su nombre<sup>17</sup> ha sido siempre, sin duda, el poder de castigar, de imponer condenas personales —en el límite: la tortura, las penas degradantes o inhumanas, la pena capital o condena de muerte—. Como más adelante veremos, este poder punitivo era virtualmente libre, un atributo personal del príncipe, en cuya justificación, por cierto, se extremaban las justificaciones teológicas. Pues bien, he aquí que ese criterio capital del gobierno por la Ley es extendido resueltamente al campo punitivo. La Declaración tiene, entre sus glorias inmarcesibles, la de haber formulado por vez primera como una norma jurídica el famoso «principio de legalidad de los delitos y de las penas», que ha alterado de manera radical en la historia humana todo el pavoroso mundo represivo, que permitía a unos hombres castigar, dañar, privar de la vida, torturar a sus semejantes. El principio, iniciado ya, como hemos visto, en el artículo 7, precisa que «nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito», y lo concreta seguidamente el artículo 8. La Ley ha tenido que diseñar previamente el tipo de actos que merecen ser castigados, así como la pena correspondiente a cada uno y su medida exacta. El juez que condena aplicará esa Ley, no ningún poder personal o moral de corrección.

Hay unos preciosos conceptos de Montesquieu, antes aludidos, que merece la pena transcribir (y que, por cierto, pre-

«Seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el contenido de la Ley.»

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. VI (pág. 398 en la ed. cit.); transcribimos el texto luego.

ceden en varios años a Beccaria)<sup>18</sup> y que dicen: «El poder de juzgar no debe ser dado a ningún senado permanente, sino ejercido por personas extraídas del conjunto del pueblo... de la manera prescrita por la Ley... De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, no estando vinculado a ningún estamento [personal del juez] ni a una cierta profesión, se convierte, por decirlo así, en invisible y nulo... Los juicios deben ser fijos hasta el punto que *no sean jamás más que el texto precisado de la Ley*... Si el poder legislativo deja al ejecutivo el derecho de encarcelar a los ciudadanos... no habrá libertad, a menos que sean detenidos para responder a una acusación grave que la Ley ha hecho, en cuyo caso dichos ciudadanos son esencialmente libres, puesto que no están sometidos más que al poder de la Ley». Veremos que será, justamente, en el ámbito del Derecho Penal donde se plasmará por vez primera en la Revolución esta nueva idea del gobierno por la Ley y con ella la primera manifestación del nuevo Derecho Público postulado por la Declaración, que concluirá extendiéndose a toda Europa<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> El libro de BECCARIA (*vid. infra*) se publica en 1764. *L'Esprit des Lois* sale en Ginebra en 1748. La edición definitiva es ya póstuma, y es de 1757.

<sup>19</sup> La fuente esencial es, sin duda, CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764. Ed. de F. Venturi, Turín, 1970. Trad. española de J. A. DE LAS CASAS, 1774 (por cierto, precedida de una indicación del Consejo de Castilla al autorizar su publicación que dice: «El Consejo... ha permitido la impresión y publicación de esta obra sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reino y su puntual observancia: mandando, para inteligencia de todos, poner en el principio esta nota»); ed. facsímil, con prólogo de F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid, 1993. Parece claro que con este paso capital hacia la legalización de los delitos y de las penas que hace la Declaración, aparte de la idea esencial del reino de la Ley, se recoge una idea que desde MONTESQUIEU, pasando por BECCARIA y VOLTAIRE, estaba ya en la mente de los ilustrados, idea que al final del Antiguo Régimen se había hecho especialmente vivaz a propósito del caso de las llamadas *lettres de cachet* u órdenes particulares que, por decisión inmotivada del Rey, desterraban o confinaban a alguien o se le encarcelaba hasta que el propio Rey levantase la medida. Los Parlamentos judiciales ya comenzaron a protestar más o menos respetuosamente de estas prácticas a comienzos del siglo XVIII y ya de una manera formal a partir de 1753, en que se inician las grandes *rémontrances*, cons-

#### IV. La articulación entre la Ley y los derechos

Pero lo que hace de la Ley el gran descubrimiento técnico de la Revolución no es sólo su carácter de expresión de la voluntad general y, por tanto, su condición de instrumento imprescindible para legitimar el ejercicio de cualquier autoridad pública, una vez que ésta se ha residenciado en la nación, sino su casi mágica articulación con la libertad. La Ley es, en efecto, un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además, y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad.

La Ley como forma de producción del Derecho ha sido conocida en todas las épocas. Una específica «concepción moderna» de la Ley, como voluntad de quien manda, parece proceder del nominalismo y, a través de Suárez<sup>20</sup>, de Hobbes. Es este último, con precedente claro también en Bodi-

tituyendo uno de los puntos más graves de la oposición entre el Rey y los Parlamentos nobiliarios (remito a OLIVIER-MARTIN, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVII<sup>e</sup> siècle*, ya cit., págs. 66 y ss.). Pero en el debate entrará el propio VOLTAIRE (*Dictionnaire philosophique*, 1764) y, en las vísperas mismas de la Revolución, MIRABEAU, víctima de una de esas prisiones arbitrarias por petición de su padre. Desde la cárcel en 1783 MIRABEAU publica un panfleto furibundo, *Des lettres de cachet et des prisons d'État* (OLIVIER-MARTIN, cit., págs. 94-95), en el que, citando ya a BECCARIA y a VOLTAIRE, condena esta práctica *absolument contraire au droit pénal fondé sur la raison*. Los constituyentes, entre los que jugó un papel tan destacado el propio MIRABEAU, tuvieron a la vista esta experiencia singular. Vid. el trabajo de E. MICHELET, comentando el artículo 7 de la Declaración, en la obra dirigida por CONAC, DEBENE y TEBOUL., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, cit., págs. 161 y ss.

<sup>20</sup> Cfr., por todos, M. BASTID, *Naissance de la Loi moderne. La pensée de la Loi de saint Thomas à Suárez*, París, 1990; S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Upsala-Göteborg, 1960.

no<sup>21</sup>, quien precisará definitivamente que *is not wisdom but authority that makes Law, or not philosophy... but commands and prohibition, the command of him or them have the sovereign power*<sup>22</sup>. Pero importa más notar que este formidable instrumento político será usado por el monarca absoluto de una manera que difiere de manera esencial de la que en el continente europeo resultará tras la Revolución Francesa.

La indesmentible agudeza de Tocqueville no pudo dejar de notar esa diferencia entre el Antiguo y el nuevo Régimen. En el capítulo VI del libro II de *L'Ancien Régime et la Révolution* explica, en efecto, con todo pormenor, la posición singular de las Leyes en la Administración absolutista. «Aunque la Ley no cambiase —dice—, la manera de aplicarla variaba todos los días. Cuando no se ha visto la Administración del Antiguo Régimen trabajando, leyendo los documentos secretos que ha dejado, no se podría imaginar el desprecio en que la Ley terminó por caer en el espíritu mismo de los llamados a su aplicación... No se encuentran apenas decisiones del Consejo que no recuerden Leyes anteriores, a menudo de fecha reciente, que han sido dictadas pero no ejecutadas. No hay, en efecto, edictos, declaración del rey, cartas patentes solemnemente registradas que no sufran en la práctica mil temperamentos. Se ve por las cartas de los Controladores generales y de los Intendentes que el gobierno permite sin cesar hacer excepción de un modo distinto a lo que él mismo ordena. Rompe raramente la Ley, pero cada día la hace plegarse dulcemente en todos los sentidos,

<sup>21</sup> BODINO, *Les six livres de la République*, 1577, liv. I, chap. IX, hace de la Ley el «único signo» de la soberanía, pues «bajo este mismo poder de dar y de quitar la Ley se comprenden todos los otros derechos y medios de soberanía».

<sup>22</sup> HOBBS, *Leviathan*, XXVI, 202, para la primera cita; las otras dos en *Dialogue between a philosopher and a student on the common Law of England*, 89-91. Cfr. M. VILEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1975, págs. 635 y ss. (curso especial sobre «Hobbes et la fondation du positivisme juridique»).

siguiendo los casos particulares y para obtener la mayor facilidad en los asuntos... Quien quiera juzgar el gobierno de ese tiempo por la recopilación de sus Leyes caería en los errores más ridículos»<sup>23</sup>. Y añade, con una frase vibrante de su *ethos* profético, este concepto capital: «En los hombres del Antiguo Régimen el puesto que la noción de Ley debe ocupar en el espíritu humano estaba vacante». Aquí Tocqueville juega ya con el nuevo concepto de Ley alumbrado por la Revolución Francesa, concepto ya familiar para él. Ese inmenso vacío, en efecto, es el que va a intentar resolver, en una concepción decisiva, Rousseau.

Rousseau dedica un capítulo entero de su *Contrat social*, el VI del libro II, al tema de la Ley. «¿Pero qué es, finalmente, una Ley? —pregunta—. En tanto que nos contentemos con relacionar esta palabra con ideas metafísicas continuaremos razonando sin entendernos». Hay que forjar, pues, un concepto nuevo, el que él propone de forma resuelta: «Cuando todo el pueblo decide sobre todo el pueblo, éste no se considera más que a sí mismo, y si entonces se forma una relación es del objeto entero bajo un punto de vista con el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se decide o estatuye es general como la voluntad misma que estatuye. Es a este acto al que yo llamo la Ley». En términos más simples: la Ley es la decisión del pueblo entero, decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes. «Cuando digo que el objeto de las Leyes es siempre general, entiendo que la Ley considera a los sujetos en conjunto y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo ni una acción particular... toda función que se refiera a un objeto individual no pertenece al poder legislativo». «La Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto»; ahí está su milagroso meca-

<sup>23</sup> Cfr. el excelente curso en la Sorbona de 1945-1946 de F. OLIVIER-MARTIN, *Les Lois du Roi*, reimpresión, París, 1988.

nismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales. Esto es, por otra parte, lo que hace a la Ley infalible, incapaz de error. Diderot lo dirá con convicción que nos desarma (cuando tan escarmentados estamos ya de lo que las Leyes pueden, en efecto, aportarnos): «Las voluntades particulares son sospechosas; pueden ser buenas o malas; pero la voluntad general es siempre buena; no ha engañado nunca, no engañará jamás»<sup>24</sup>.

El resultado de este mecanismo, aparentemente tan simple, es, sin embargo, deslumbrador; significa, nada menos, desterrar para siempre del mundo la posibilidad de una Ley opresiva. Todas las Leyes serán, por virtud de esa técnica, Leyes de libertad. En otro lugar del *Contrat social*<sup>25</sup> Rousseau explica, en efecto, que por la asociación general que él propugna «cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes». En su *Discours sur l'Économie politique*<sup>26</sup> no puede ocultar el orgullo de su genial descubrimiento. «¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerles libres?: ¿de emplear al servicio del Estado los bienes, los brazos y la vida misma de todos sus miembros sin constreñirles y sin consultarles?, ¿de encadenar su voluntad por su propio deseo...? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño; tanto más libres, en efecto, que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que puede perjudicar a la de otro? *Estos prodigios*

<sup>24</sup> DIDEROT, voz «Droit naturel», en la *Encyclopédie*. No es más que una paráfrasis del famoso capítulo 3 del libro II del *Contrat social*: «Si la voluntad general puede equivocarse»: «La volonté générale est toujours droite».

<sup>25</sup> ROUSSEAU, *Contrat social*, I, 6.

<sup>26</sup> Es la voz de este concepto para la *Encyclopédie*, que redacta a petición de sus directores y amigos, DIDEROT y D'ALEMBERT; en el tomo II de las *Oeuvres complètes* de «La Pléiade», París, 1964, pág. 248. La cursiva del texto que se cita es nuestra.

son la obra de la Ley. Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho a la igualdad natural entre los hombres. Es esta voz celeste que dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública y le enseña a obrar según las máximas de su propio juicio y a no estar en contradicción consigo mismo.» Se trata, sin duda posible, de «la más sublime de todas las instituciones humanas, o más bien, por una inspiración celeste que enseñó al pueblo a imitar aquí abajo los derechos inmutables de la divinidad»<sup>27</sup>. El nuevo concepto de la Ley es, ni más ni menos, una verdadera revelación divina.

De ello se deduce derechamente que «el fin de todo sistema de legislación... se reduce a dos objetos principales, la libertad y la igualdad». Así el individualismo, lejos de desintegrar a la sociedad, la lleva a su perfección máxima. Es lo que se ha llamado<sup>28</sup> «la inversión de los supuestos lógicos y antropológicos del absolutismo: el uso de la razón privada dejada a sí misma conduce al orden».

En estos textos fundamentales hemos visto que Rousseau lanza una idea llamada a un largo y glorioso porvenir, la idea de que, a través del mágico mecanismo del establecimiento de las Leyes por la voluntad general y por medio de preceptos igualmente generales, resultará un tipo de sociedad en el que reinará la libertad de cada uno, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esta idea es la que proclama el artículo 4 de la Declaración de

<sup>27</sup> Manuscrito de Ginebra del *Contrat social*, liv. I, cap. VII (cit. en la edición de «La Pléiade», pág. 1460). ROUSSEAU parece establecer aquí una analogía, verdaderamente osada, entre la articulación de las leyes divinas con la libertad del hombre y la que resulta de las leyes humanas que él propugna, que igualmente vienen a salvaguardar esa libertad. Es ésta quizá una de las cimas de la utopía política.

<sup>28</sup> JAVIER CONDE, «Sociología de la sociología. II. La Revolución (Constitución del orden por concurrencia)», *Revista de Estudios Políticos*, 65, 1952, pág. 29.

derechos de 1789 y la que elevará a la más alta expresión la Filosofía del Derecho y del Estado de Kant.

Recordemos el texto del artículo 4 de la Declaración: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley».

Se conocen bien los avatares de la redacción de ese precepto básico: fue Sieyès su padre reconocido, aunque con la notable particularidad de que para su aprobación tuvo que contar con la tendencia conservadora y monárquica de la Asamblea. Sieyès había presentado un proyecto íntegro de Declaración de derechos los días 20 y 21 de julio de 1789 (recordemos que la Declaración fue aprobada el día 26 de agosto siguiente; el debate esencial que ahora nos ocupa tuvo lugar a partir del 19 de agosto), provocando el asombro y la perplejidad de la mayoría y el entusiasmo de una minoría resuelta<sup>29</sup>. El texto comienza recordando que «los Representantes de la Nación francesa, ejerciendo las funciones del poder constituyente, consideran, en primer término, que toda unión social y por consecuencia toda constitución política no puede tener por objeto más que proteger y servir los derechos del hombre que vive en sociedad». La tabla de derechos, en número de 42, es de una gran abstracción. Sieyès reprochó en el debate a las Declaraciones americanas haber mantenido la antigua imagen del poder, imagen inaceptable para un «pueblo que recupera su soberanía completa». Pero su proyecto será rechazado por una mayoría de los moderados o la «derecha» (es en ese momento precisamente cuando se origina esa perdu-

<sup>29</sup> M. GAUCHET, voz «Droits de l'homme», en *Dictionnaire critique*, cit., págs. 687 y ss. Su texto íntegro está recogido en el libro de RIAIS, *La Déclaration*, cit., págs. 614-621.

rable división política entre izquierdas y derechas), que impone como texto base del debate otro de los proyectos completos elaborado por uno de los Comités de la propia Asamblea.

Pero si Sieyès y su grupo resultan vencidos, va a ser, sin embargo, una parte sustancial del contenido de su proyecto el que se imponga en el debate plenario<sup>30</sup>. Ocurrió que en el seno del debate un sector de la Asamblea sostuvo que debía promulgarse a la vez que la Declaración de derechos una Declaración de deberes que contrabalancease la primera. A los ojos de Sieyès la reciprocidad de cada uno hacia sus semejantes bastaba para contrabalancear el carácter absoluto de los derechos: no existen otros deberes hacia los demás que respetarles los mismos derechos que yo tengo. No hay, pues, más que derechos coexistiendo entre sí.

Esa idea conduce a definir el contenido de la Ley como el instrumento para articular esa coexistencia de derechos en la sociedad. Es ahí donde se produce la sorprendente convergencia en el texto del artículo 4: la derecha acepta que la Ley constituya los límites de los derechos y confía en que esa Ley estará pronto en sus manos; la izquierda acepta que la Ley fije esos límites, pero intenta definir el ámbito legítimo de la Ley, que no puede exceder de la función de articular derechos entre sí. Hubo, pues, un malentendido en esa confluencia de apoyos, pero el resultado fue trascendental, la consagración formal de la Ley como garantía de la libertad, fórmula llamada a un extraordinario porvenir, como tendremos ocasión de ver.

De aquí arranca la idea esencial de la Ley como garantía de los derechos, que entierra resueltamente su vieja concepción como *quod principe placuit*, lo que al príncipe place, su simple voluntad superior. Si técnicamente, según vimos

<sup>30</sup> Sigo la exposición de GAUCHET, págs. 688 y ss., y RIALS, *La Déclaration*, págs. 383 y ss.

en el capítulo anterior, no hay derechos subjetivos sin una Ley que los reconozca, los delimite y los proteja, ahora viene a resultar inesperadamente, en virtud del mágico y prodigioso hallazgo de Rousseau, que la Ley no tiene otro objeto, justamente, que proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la libertad de todos y asegurando su simple coexistencia. «No hay libertad sin Leyes, ni allí donde hay alguien por encima de las Leyes... En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto que esto», había dicho Rousseau con su énfasis característico<sup>31</sup>.

Así se explica la observación de Brunot, en su papel de historiador estricto de la lengua, sobre la fascinación con que el pueblo contempló las inauditas experiencias a que estaba asistiendo desde la autoproclamación de la Asamblea Constituyente: «Sus sacerdotes eran los legisladores, cuyo nombre, pronunciado millones de veces con énfasis respetuoso, evocaba la idea de dispensadores supremos encargados de la misión celestial de asegurar la felicidad de la humanidad... [la nueva religión que la Revolución supuso] había formulado un credo, la Declaración de derechos. Las Leyes, los votantes asegurarían su triunfo... Una esperanza inmensa elevaba los corazones hacia el advenimiento del nuevo contrato social anunciado por el profeta y cuya realización había comenzado cuando la Asamblea había establecido como base del mundo regenerado la igualdad universal en la libertad definida»<sup>32</sup>.

No resultan, pues, en nada equiparables estas Leyes nuevas con las Leyes antiguas, instrumentos de opresión y reforzadoras de los privilegios, sino Leyes de libertad, que descubren y afloran y protegen eficazmente el nuevo orden natural que tiene en la libertad su constitutivo esencial.

<sup>31</sup> ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, Lettre VIII (pág. 842 en la ed. de «La Pléiade»).

<sup>32</sup> F. BRUNOT, *Histoire de la Langue Française*, cit., tomo IX, vol. 1, pág. 5.

De aquí derivará en línea derecha el intento de reducir todo el Derecho a la Ley, lo que no había ocurrido nunca antes, a lo largo de toda la historia humana. Este intento se enraiza en esta nueva idea de la Ley que la Revolución ha puesto en marcha y que marcará a toda Europa (no a América, por cierto, como tampoco a Inglaterra, diferencia esencial que condena por sí sola la calificación de Jellinek de los conceptos básicos sobre la función de la Ley en la Declaración como puramente metafísicos o retóricos). El mito de la Ley, del que derivará el intento de regulación legislativa generalizada<sup>33</sup>, que va a marcar todo nuestro tiempo desde la Revolución y la codificación francesa, la

<sup>33</sup> Lingüísticamente, BRUNOT ha notado que las palabras «Legislación», «Legislador», «Legislar», «Legislativo», «Legislatura» son apenas usadas antes de la Revolución. *Histoire*, IX, 2, págs. 640 y ss., 754 y ss., 760 y ss. Lo reitera W. VON WARTBURG, *Französisches etymologisches Wörterbuch*, Bonn-Leipzig-Berlín-Basilea, tomo V, pág. 293. Lo confirma S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, cit., págs. 57-58. Este último autor nos informa también que en alemán, aunque la terminología aparece ya en la Ilustración tardía, la palabra *Gesetzgebung* se utiliza por vez primera en 1801 (págs. 58-59). Sin embargo, el forjador del sentido moderno de la palabra parece ser MONTESQUIEU («legislador», «legislativo») en *L'Esprit des Loix*, cuya 1.ª edición es de 1748 (véase el *Index* de la edición de «La Pléiade», págs. 1683-1684); A. REY (dir.) en su reciente y valioso *Dictionnaire historique de la Langue Française*, París, 1992, pág. 1110, adelanta el ingreso en francés a 1721. En castellano, Pedro ÁLVAREZ DE MIRANDA (director de los trabajos del «Diccionario histórico de la Lengua Española» de la Real Academia y autoridad reconocida) me proporciona una referencia de JOVELLANOS de 1773, *El delincuente honrado*, autor que repite el término en su discurso de ingreso en esta Real Academia, 1781, y en el *Informe en el expediente sobre la Ley Agraria*, de 1795. Sin embargo, la palabra se recoge ya en el *Diccionario castellano* de Esteban DE TERREROS, que, aunque publicado en 1787, estaba ya terminado en 1767. Estos usos es imaginable que procedan de MONTESQUIEU. El *Diccionario de la Academia* la incluye ya en la edición de 1803, generalización que acusa ya el influjo revolucionario. Pero el francés, como admite REY y explicaría el papel de MONTESQUIEU, recibe la palabra del inglés; ya vimos más atrás que LOCKE la usa como expresión de uno de sus conceptos esenciales en el *Second Treatise*, de 1691, fuente la más probable de MONTESQUIEU; el *The Oxford English Dictionary*, 2.ª ed., Oxford, 1989, da dos entradas de «Legislation» en 1655 y 1675, anteriores a LOCKE, pues. El uso anterior bajo latino, de donde la palabra procede, parece claro, así como su utilización por los teólogos que escriben en latín (SUAREZ, por ejemplo, cuyo gran libro

conversión del Estado en una *machina legislatoria* con pretensiones de regular y resolver todas las cuestiones sociales generales, arrancan de esa concepción nueva que Rousseau pensó con la sensación de haber recibido una verdadera revelación divina.

Hoy, dos siglos después, nuestra fe en la Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De Rousseau, buscando su sueño liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en Hobbes, en la expresiva fórmula de Dahrendorf<sup>34</sup>, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y de anomia moral, y no propiamente en el esperado reino de la libertad. Pero ello es una consecuencia de que el hombre no encontrará nunca soluciones definitivas a sus problemas; cada solución puesta en marcha aporta su nuevo lote de problemas propios. «Nunca se deja la historia acabada para siempre», dice Dahrendorf. Hoy nadie cree, como lo hicieron Rousseau y luego Marx y otros varios profetas, en la posibilidad absoluta de vencer la alienación humana con fórmulas sociales y políticas determinadas. Pero la Revolución sí lo creyó, resueltamente, y embarcó con ello a la humanidad en un camino en cuyo curso continuamos todavía. No es dudoso, sin embargo, que el nivel histórico de la conciencia y de la convivencia humanas creció con ello notablemente. En cualquier caso, no parece que tengamos ya otra alternativa que la de seguir rigiéndonos por Leyes. Todo el problema es ahora mejorar su calidad (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya superlegalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos

se llama *De legibus ac Deo Legislatore*, 1.ª edición de 1612). La genealogía de la «lengua de los derechos» parece bien establecida en este caso, pues.

<sup>34</sup> R. DAHRENDORF, *Ley y orden*, trad. española; L. M.ª Díez-PICAZO, 1994, págs. 59 y ss. «Buscar a Rousseau, encontrar a Hobbes». *Vid.* también mi libro *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999.

escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho.

## V. La idea del «reino de la Ley»

Según pudimos ver más atrás, el sistema del Derecho Público del Antiguo Régimen reposaba entero sobre la superioridad de la posición del Rey, en cuanto vicario de Dios sobre la tierra («por la gracia de Dios»), superioridad de la que derivaba que sólo su arbitrio era la fuente del poder, ante el cual sólo eran posibles por parte de los súbditos la veneración y la obediencia.

La Revolución ha destruido enteramente esa construcción y en su lugar ha situado la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales.

El resultado de esta formidable rectificación se expresará en una idea sumamente simple: en lugar de los hombres, en adelante van a mandar las Leyes<sup>35</sup>. «Una forma de gobierno —había dicho Rousseau— que ponga a la Ley

<sup>35</sup> La primera expresión constitucional de esta idea aparece en la Constitución de Massachusetts de 1780, art. XXX: *government of Laws, not of men*. Pero ya veremos más abajo que no son exactamente transportables, aun usando expresiones equivalentes, los conceptos jurídicos del mundo anglosajón a los forjados en Europa por la Revolución Francesa.

por encima del hombre»<sup>36</sup>. Y en otro lugar: «Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres»<sup>37</sup>.

Presente ya la idea, según hemos podido ver, en los artículos centrales de la Declaración de 1789 («nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena», art. 5; nadie puede ser acusado ni condenado «más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe», art. 7; sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer «en virtud de la Ley debe obedecer al instante y se hace culpable de la resistencia», art. 7; «nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada», art. 8), el concepto alcanzará su pleno desarrollo en la Constitución de 1791, que es la obra de la primera Asamblea Constituyente, como sabemos.

El juramento de fidelidad que la Constitución exige al Rey y a todos los representantes y agentes obliga a ser «fiel a la nación y a la Ley» (antes se hubiera dicho: «al Rey», como fidelidad personal). El artículo 3 de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II, a propósito de la pieza clave que es el Rey, el que hasta ahora ha sido titular de todos los poderes, dice así: «No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la

<sup>36</sup> La expresión, por él mismo subrayada, aparece en su carta al marqués de MIRABEAU de 26 de julio de 1767 (*Correspondance générale de J. J. Rousseau*, ed. de T. Dufour, tomo XVII, París, 1932, pág. 157). Conseguir esto parece a ROUSSEAU «el gran problema en política, comparable al de la cuadratura del círculo y al de las longitudes en astronomía». Él creyó haberlo resuelto, no obstante.

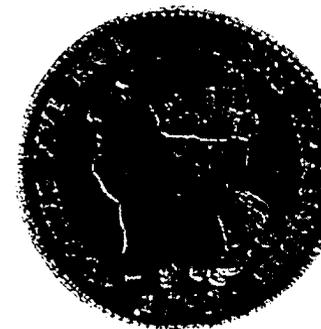
<sup>37</sup> ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, lettre VIII (pág. 842 en la edición de «La Pléiade»). Y añade más adelante: «Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley».

Ley puede exigir obediencia.» Expresión preciosa: el reino es de la Ley, y el Rey es su agente, que sólo en su nombre, por tanto, «puede exigir obediencia». Tratándose del Rey, antiguo titular de la soberanía, la precisión adquiere toda su extraordinaria significación.

Pero antes de que la Constitución de 1791 se aprobase, sobre las ideas ya destacadas resueltamente por la Declaración, encontramos una explícita muestra ya de la consagración del término «reino de la Ley». Por un Decreto de la Asamblea de 9-15 de abril de 1791 se dispuso que en el dorso de las monedas (cuyo anverso debía reproducir «la efigie del Rey», art. 2 del capítulo IV de la Constitución) debía figurar la leyenda *Règne de la Loi*, reino de la Ley<sup>38</sup>. Como en el precepto constitucional antes transcrito, hay una preocupación visible porque el mantenimiento del Rey y de la monarquía no trastoque la idea esencial de la nueva construcción política: que es la Ley y no un simple hombre singular quien manda a los hombres. Y antes aún (Ley de 6-27 de marzo de 1791, art. 38) la Asamblea había ya dispuesto que el agente judicial que salga del juzgado para hacer una ejecución la haga ya «en nombre de la Ley» y que porte una medalla con estas palabras sagradas: *Action de la Loi*, acción de la Ley<sup>39</sup>. La concepción básica sobre la titularidad de cualquier autoridad pública que se ejerza, que es siempre la Ley y no ningún hombre, se funcionaliza, pues, hasta en sus últimas aplicaciones.

<sup>38</sup> El Decreto, relativo a la acuñación de las monedas, establece en su artículo 1 que «la efigie del Rey será troquelada sobre todas las monedas del Reino, con la leyenda: *Luis XVI, Rey de los Franceses*.» El artículo 3 dice: «El reverso llevará como leyenda estas palabras: *Règne de la Loi*, Reino de la Ley». Sólo en las monedas de cobre el reverso sería diferente («la Nación, la Ley y el Rey»). Se abre un concurso entre grabadores, que el Comité de Monedas resolvería. Las emisiones de estas monedas revolucionarias fueron numerosas y están perfectamente catalogadas. [Reproduzco dos en este discurso.] BRUSOY, *Histoire de la Langue Française*, cit., IX, 2, pág. 642, registra esa expresión «Regne de la Loi» y su origen.

<sup>39</sup> BRUSOY, *ibidem*.



Monedas de 1792, en oro y plata, con valor de 24 y 6 libras.

A pesar de que su formulación podría sugerirlo, el concepto de «reino de la Ley» no es precisamente retórico. Tiene, por el contrario, un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece. Sólo la Ley manda y todos los agentes públicos, administrativos o judiciales, en cuanto «agentes» o comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la Ley se ha producido y que seguidamente se limitan a particularizar la consecuencia jurídica que la Ley ha determinado previamente que procede.

Por vez primera en la historia humana, todo el aparato del poder se objetiviza en un abstracto y casi mecánico (casi, porque enseguida habrá de aceptarse que la Ley puede y debe habilitar poderes llamados discrecionales en favor de las autoridades administrativas, poderes que facultan una posibilidad de elección entre soluciones igualmente justas) aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditadamente con la *sage lenteur* de las Asambleas, fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por vez primera en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular<sup>40</sup> en su tenor exacto, con los

<sup>40</sup> Fue para hacer públicas las deliberaciones de la Asamblea, para rendir cuentas al pueblo en nombre del cual la Ley se hace, por lo que comienza la publicación de *Le procès-verbal de l'Assemblée des Communes et de l'Assemblée nationale imprimé par son ordre* desde junio de 1789. J. C. BECANE y M. CONDERC, *La Loi*, París, 1994, pág. 24 (recordemos que la reunión del tercer Estado adopta el nombre de «Assemblée des communes» el 6 de junio de 1789, para el 17 del mismo mes pasar a llamarse Asamblea Nacional tras el juramento del *Jeu de Paume*, y que el 9 de julio se proclama «Asamblea Constituyente»). Más adelante se especificará de esas actas proliferas un *Bulletin des Lois diffusées sur tout le territoire*, sustituido más tarde por *Le Moniteur universel* que se inició como publicación privada, pero que se transformó el 24 de noviembre de 1799 en boletín oficial de la República. El 1 de enero

límites rigurosos de sus derechos, sin las imprecisiones y las arbitrariedades de la «jurisprudencia», reina, con el príncipe absoluto, del Derecho desde los tiempos más antiguos<sup>41</sup>. Se instaura así, o más bien, se pretende instaurar, un sistema de pura «nomocracia», servido por normas escritas y formales.

La Ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es, según vimos, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes

de 1869 será, a su vez, sustituido en su contenido oficial por el *Journal officiel*, que continúa. La publicación impresa en un periódico oficial con fe pública concluirá con todas las antiguas y complejas formas de promulgación, que en el Antiguo Régimen habían culminado en el «registro» de las Ordenanzas regias en los Parlamentos judiciales —fórmula, por cierto, que mostraba por sí sola (aun sin la experiencia de la negativa al registro que los Parlamentos judiciales se permitieron al final del siglo XVIII, creando la crisis constitucional de donde saldría la Revolución misma), la intermediación judicial entre la Ley y el pueblo. Durante la época revolucionaria se mantiene aún la publicación por el envío del texto de las Leyes a todos los cuerpos administrativos y Tribunales y por pregón público y edictos.

<sup>41</sup> La enemiga a la jurisprudencia judicial acompañó por ello el advenimiento de la Ley. En el primer proyecto de Constitución de 1789 se incluía un artículo que decía: «No será permitido a ningún juez, de cualquier manera que sea, interpretar la Ley». Se tenía en cuenta la práctica de los *arrêts règlement* que habían generalizado los antiguos Parlamentos judiciales. La Ley de 16-24 de agosto de 1790 de Organización Judicial expresa las dos preocupaciones en su célebre artículo 12: los Tribunales «no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una Ley, bien para hacer una nueva». Es el sistema de *référé législatif*, a que nos referiremos en el próximo capítulo. El juez no debe ser más que «la boca que pronuncia las palabras de la Ley», en la famosa fórmula de MONTESQUIEU, que también precisó «los juicios deben ser fijos hasta el punto que no sean jamás más que un texto preciso de la Ley» (*L'Esprit des Lois*, lib. XI, cap. VI y cap. XI).

ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas.

El cuadro que diseña este sistema es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un vicario divino en la tierra gobernaba por su sola prudencia la grey de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y de deberes está absolutamente predeterminedo en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal, y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado.

Dos circunstancias históricas concretas harán no sólo posible esa nueva técnica de organizar la vida colectiva, sino deseable, de modo que jugarán como motores activos de la misma. Por una parte, el hecho de la formación de la sociedad capitalista y especialmente burguesa, iniciada desde la baja Edad Media con el desarrollo de las ciudades y potenciada por el desarrollo comercial y, enseguida, industrial y financiero. La economía monetaria se ha perfeccionado de manera espectacular y lo será más aún con el inmediato crecimiento de la moneda fiduciaria, de los nuevos instrumentos financieros que la misma permite, con la regulación de las compañías mercantiles y con la desaparición de aduanas y gabelas interiores, con las primeras experiencias del colonialismo comercial moderno. Esta sociedad ve en el intercambio, en la concurrencia, en la libertad de movimientos, en la obtención del bienestar y de la riqueza su motor, y ese ideal encuentra en este nuevo modelo social un cuadro sorprendentemente apropiado para el libre

desenvolvimiento a que aspira, al desembarazo de intervenciones públicas o señoriales y a la seguridad jurídica que requiere. Por otra parte, era un momento en que la Administración pública se había desarrollado ya de forma notable con el Estado ilustrado y que, frente a las apariencias, extenderá aún su función para estructurar y servir a la nueva sociedad igualitaria, como Tocqueville observó lúcidamente. Esta nueva Administración, que marcará toda la época post-revolucionaria, desde Napoleón, que dará conciencia definitiva al fenómeno<sup>42</sup>, encontrará en el sistema de la legalidad un apoyo inesperado para organizarse. Max Weber ha notado, en efecto, que la legalidad es la forma ineludible de la burocracia<sup>43</sup>.

La dominación legal, dice Max Weber, considera el Derecho como un cosmos de reglas abstractas estatuidas racionalmente; la judicatura aplica éstas al caso concreto. La Administración atiende al cuidado racional de los intereses previstos por la ordenación de la comunidad dentro de los límites de las normas jurídicas. La autoridad «obedece al orden impersonal por el que orienta sus resoluciones». El que obedece lo hace como miembro de la comunidad «y sólo obedece al derecho», obediencia que se produce sólo «dentro de la competencia limitada, racional y objetiva» que el ordenamiento establece. «Las categorías fundamentales de la dominación legal —precisa aún Max Weber— son, pues: un ejercicio continuado, sujeto a Ley, de funciones, dentro de una competencia... objetivamente limitada en virtud de una distribución de funciones, con la atribución de poderes necesarios para su realización, con fijación estricta

<sup>42</sup> Vid. sobre ello mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Madrid, 1994 (y edición francesa, París, 1993), sistemáticamente.

<sup>43</sup> Max WEBER, *Economía y sociedad*, trad. esp. de J. MEDINA ECHEVARRÍA, México, I, 1994, págs. 225 y ss.: «La dominación legal con Administración burocrática»; es el epígrafe que caracteriza uno de los «tipos de dominación legítima». También tomo IV, págs. 85 y ss.

de los medios coactivos eventualmente admisibles y el supuesto previo de su aplicación»; a lo que hay que añadir «el principio de jerarquía administrativa, o sea, la ordenación de autoridades fijas con facultades de regulación e inspección»; «las reglas, bien técnicas, bien normas». Conclusión: «El tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático... La burocracia como medio de toda administración de masas», que es la única capaz de una «dominación de la impersonalidad formalista, *sine ira et studio*... sin acepción de personas, formalmente igual para todos».

De este modo, una secreta regla de complementariedad sistemática vinculó la técnica, amparada en la filosofía social y política, del «reino o del gobierno por la Ley» con la situación de la nueva sociedad civil, en el grado de evolución social y económica, y de virtual autonomía de intereses (ya desgajada del paternalismo ligado a las antiguas formas de vinculación señorial, gremial y monárquica) y también, para cerrar el cuadro, con el surgimiento de una Administración burocratizada con la función de ofrecer un marco formal de desarrollo de una sociedad individualista e igualitaria, necesitada para su mantenimiento de un sistema de servicios públicos capaz de permitir el asentamiento social mínimo (orden público, registro civil, instrucción mínima y formación de profesiones, higiene pública, infraestructuras —camino, canales, enseguida ferrocarriles, correos, puertos, abastecimiento de aguas— técnicas de seguridad industrial, museos y bibliotecas, etc.). Esta Administración, aunque recoge buena parte de la Administración de fomento de la Ilustración, se revelará especialmente necesaria y funcionalmente acoplable a la perfección con la nueva sociedad igualitaria post-revolucionaria, siendo Napoleón quien primero dota al fenómeno de toda su conciencia, así como de las técnicas que, en muy buena parte, han llegado hasta hoy,

cuando esa potenciación administrativa ha seguido acentuándose y llegado quizá a su límite.

La idea del gobierno o del reino de la Ley, que ya vimos aparecer en Rousseau —«un Estado de Leyes»—<sup>44</sup> deslumbrará enseguida las imaginaciones, por la brillantez de sus fundamentos (la Ley es ella misma obra de todos, producto, pues, de la libertad y tiene en ella su límite), por la belleza de su contenido (las Leyes son precisamente Leyes de libertad, que crean libertad y la garantizan), por la eticidad de su mecanismo (ya no ha de obedecerse a hombre alguno, sino, en virtud de contratos libremente concertados, a una Ley impersonal, a sí mismo, en definitiva, según la refulgente idea rousseauiana, dado que la Ley ha sido hecha por todos), por su eficacia (una sociedad regida por el Derecho y no por el arbitrio o capricho de nadie, límite infranqueable del poder de los gobernantes, reino, por tanto, de la justicia), por su simplicidad aparente frente al complejo e inextricable mundo jurídico anterior. Comprender esta fascinación deslumbradora, impregnada de valores e imágenes que le prestan todo un poderoso sentido simbólico<sup>45</sup>, es comprender uno de los cambios esenciales del discurso político introducidos por la Revolución. Tocqueville, que es crítico con tantos contenidos revolucionarios, no dudará en utilizar esta hermosa entelequia, cuando el prodigioso mecanismo no ha dejado de desarrollarse: «El verdadero amor de la libertad no ha nacido jamás de la perspectiva de los bienes materiales que procura... está en la atracción, en el encanto propio, independiente de sus beneficios, el placer de hablar, de obrar, de respirar sin coacción de nadie, *bajo el solo gobierno de Dios y de las Leyes*»<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Vid. el texto del *Contrat social* que se transcribe *supra* nota 15 de este capítulo.

<sup>45</sup> Cfr. J. CHEVALLIER, «La dimension symbolique du principe de legalité», *Revue de Droit Public*, 1990, 6, págs. 1651 y ss.

<sup>46</sup> TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime*, lib. II, cap. XV.

Kant fue, con su poderosa mente, ganado igualmente por ese soberbio mito: «Tal es la Constitución permanente, aquella en que la Ley manda por sí misma y no depende de ninguna persona particular; tal es el fin último de todo el Derecho Público, el único Estado en el que puede ser atribuido perentoriamente a cada uno lo suyo... sin ello no puede alcanzarse ninguna situación absolutamente jurídica de la sociedad civil»<sup>47</sup>, donde «nadie está obligado a obedecer nada más que lo que la Ley dice», «nadie puede forzar a los demás sino por medio de la Ley»<sup>48</sup>, que implica sólo «la dependencia de la propia voluntad»<sup>49</sup>. Michelet, en su gran historia de la Revolución, lo expresará en su característico estilo vibrante: «al Gobierno de la gracia» sucede «el advenimiento de la Ley»<sup>50</sup>. Una nueva época del gobierno humano ha comenzado. Las citas podrían multiplicarse fácilmente.

Surge directamente de ahí la idea de una reconstrucción entera de la organización de la sociedad a fin de someterla toda a la producción de esa libertad y esa igualdad que se proclaman no sólo deseables en el orden ideal, sino perfectamente factibles en virtud del prodigioso instrumento técnico que es la Ley<sup>51</sup>.

Es el mito de lo que los alemanes llamarán medio siglo más tarde (cuando no conocen aún más que «la libertad de los modernos», por cierto, que ha hecho posible su recepción parcial del Derecho Público post-revolucionario, como examinaremos en el capítulo siguiente)<sup>52</sup> con una

<sup>47</sup> KANT, *Metaphysik des Sitten*, pág. 170.

<sup>48</sup> Cit. por F. GONZÁLEZ VICÉN, *De Kant a Marx*, cit., págs. 51 y 52.

<sup>49</sup> KANT, *Metaphysik des Sitten*, pág. 139.

<sup>50</sup> J. MICHELET, *Histoire de la Révolution Française*, Introducción, ed. «La Pléiade», París, 1952, pág. 21.

<sup>51</sup> Cfr. M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., pág. XXIII.

<sup>52</sup> El término de *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, aunque a veces se ha atribuido a KANT (cuyas palabras esenciales, sin incluir explícitamente el concepto, han quedado expuestas más atrás), quien primero lo utiliza parece

expresión que ha hecho fortuna, y que hoy se encuentra doscientos años después de la Revolución, en cabeza de nuestra Constitución de 1978: «Un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular»<sup>53</sup>.

## VI. Acto arbitrario como acto contra Ley que afecte a la libertad de un ciudadano, remedios contra los mismos, responsabilidad de los agentes

Aunque de la exposición anterior ha debido evitarse todo equívoco al respecto, importa mucho destacar de manera especialmente enérgica que ese gobierno por la Ley no es un simple medio técnico de dominación. Las Leyes que gobiernan la sociedad no son simples instrumentos de ordenación de los sujetos y de articulación de la burocracia, en los conceptos de Max Weber que examinamos. Esa Ley, además de ser ella misma producto y fuente de la libertad, como sabemos, es también una Ley que habilita los derechos de los ciudadanos<sup>54</sup> y no sólo los derechos privados, los derechos de la seguridad jurídica en el goce de la libertad,

haber sido R. VON MOHL, en 1832, según Carl SCHMITT (*Disputation über den Rechtsstaat*, Hamburgo, 1935, pág. 85), aunque quien lo generaliza es Otto VON BAHR, *Der Rechtsstaat*, 1864 (reimpresión en Aalen, 1964). Desde entonces el concepto (que intenta en su origen garantizar «la libertad de los modernos» que asegura el nuevo Derecho Público dentro del principio monárquico, cuestiones éstas que comprenderemos mejor en el último capítulo) ha conocido un éxito espectacular, extendiéndose a todas las lenguas cultas, salvo el inglés, que ha mantenido su tradicional *rule of Law* (concepto sobre el cual, *infra* en el texto). Cfr., por todos, la recopilación de FORSTHOFF, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, en Darmstadt, 1968 («Wege der Forschung») y Ph. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip. Ueberlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der BRD*, Tubinga, 1986, y allí referencias; por cierto, que este autor habla de una cierta «inflación» del concepto, pág. 4.

<sup>53</sup> Preámbulo de la Constitución: el artículo 1 declara constituida España «en un Estado social y democrático de Derecho».

<sup>54</sup> «En el Estado civil todos los derechos son fijados por la Ley»: ROUSSEAU, *Contrat social*, II, 6.

que suelen ser los más en perspectiva desde lo que Benjamin Constant llamó en 1821 «la libertad de los modernos» (concepto que retomaremos más adelante), sino también los propios del Derecho Público, y de entre todos el primero de todos, el derecho de no ser gobernado sino por medio de la Ley, el derecho de excluir o de eliminar la actuación de los jueces o de los agentes que no puedan justificarse como estrictas aplicaciones particulares de los mandatos generales y abstractos de la Ley, el derecho de poder exigir cuentas de sus actos a esos mismos agentes cuando exceden el marco legal en que únicamente pueden moverse y, en fin, el de exigir responsabilidades personales a estos agentes cuando su actuación ha extravasado dicho marco legal.

Se habrá notado que en el artículo 7 de la Declaración de 1789 se dicen dos cosas primordiales en la construcción técnica del principio de legalidad como regla esencial del gobierno y de la obediencia en la sociedad nueva: que nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado «más que en los casos determinados por la Ley» y que «todo ciudadano llamado o intimado en virtud de la Ley debe obedecer al instante»; pero entre una y otra aserción se ha introducido un párrafo esencial, el siguiente:

Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados.

Órdenes arbitrarias son precisamente órdenes de cualquier autoridad o agente que no estén cubiertas por una Ley, que no consistan en la particularización al caso concreto del mandato general establecido previamente en la Ley.

Otros textos revolucionarios han precisado este concepto primordial para el nuevo Derecho Público que es el de «acto arbitrario». La segunda Declaración de derechos revolucionaria, la de 24 de junio de 1793 de la Convención, que

reproduce muchos de los incluidos en la de 1789, precisa algunos, entre ellos éste que se incluye en el artículo 11:

Todo acto ejercitado contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la Ley determina es arbitrario y tiránico; aquel contra quien quiera ejercitarse por la violencia tiene el derecho de rechazarla por la fuerza.

Y el artículo 12 reproduce el párrafo del artículo 7 de la Declaración de 1789 sobre la culpabilidad y la punibilidad de quienes soliciten, expidan, firmen, ejecuten o hagan ejecutar actos arbitrarios.

Resulta especialmente expresiva la frase «todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la Ley determine», porque está remitiendo justamente al principio básico de la construcción, el de la libertad; señala, pues, con expresividad difícilmente igualable, cualquier acto contra la libertad de cualquier ciudadano que no encuentre respaldo expreso e inequívoco en una Ley previa. Otros textos revolucionarios insisten en esta consecuencia esencial. En el proyecto de Declaración de derechos gironcina de 1793 se dice: Artículo 31: «Los hombres reunidos en sociedad deben tener un medio legal de resistir a la opresión.» Artículo 32: «Hay opresión cuando una Ley viola los derechos naturales, civiles y políticos que está llamada a garantizar<sup>55</sup>. Hay opresión cuando la Ley es violada por los funcionarios públicos en su aplicación a hechos individuales. Hay opresión cuando actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos contra la expresión de la Ley. En todo

<sup>55</sup> Se enuncia aquí, como en otros preceptos de la Declaración de 1789, la cuestión fundamental de la existencia de límites constitucionales supra-legales a la validez de las Leyes, que es la base de la técnica de la justicia constitucional, que permite anular las Leyes inconstitucionales. Como es sabido, esta técnica, que encontró un desarrollo espectacular en el constitucionalismo americano, se cegará en el constitucionalismo francés hasta la Constitución gaulliana de 1958. *Vid.* lo que ya notamos en nota 59 del capítulo anterior.

gobierno libre el modo de resistencia a estos diferentes actos de opresión debe ser regulado por la Constitución».

Queda, pues, claro que la Ley que habilita y mide los poderes (o mejor: las competencias específicas desgajadas una por una del núcleo general del poder) de autoridades, jueces y agentes, define a la vez negativamente un correlativo ámbito de libertad de los ciudadanos, ámbito donde se refugia el contenido primigenio de la libertad originaria no afectada por la Ley y desde el cual el Derecho debe habilitar la posibilidad de una reacción efectiva contra cualquier intento de penetrar en él sin una habilitación legal explícita, un «modo de resistencia a estos... actos de opresión», en los expresivos términos del proyecto girondino de Declaración de derechos de 1793. Desde ahora, y armados como estamos con el concepto técnico de derecho subjetivo, cuyos largos avatares hemos podido seguir con atención, podemos ya calificar ese «modo de resistencia» contra la agresión ilegítima en que consisten los actos arbitrarios como un inequívoco, y central en el sistema, derecho subjetivo.

El problema es determinar cómo se defiende ese derecho de libertad para preservar su incolumidad ante las órdenes arbitrarias, marginales o contrarias a la Ley. La Declaración de 1789 ha sido perfectamente clara en su artículo 16 al precisar que los derechos deben estar garantizados jurídicamente, como condición inexcusable del propio régimen constitucional. Dice dicho artículo 16, en efecto: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución». La propia Declaración formula dos medios de garantía de los derechos: el derecho de «resistencia a la opresión» y la condena penal al agente arbitrario, al que actúa al margen o en contravención con la Ley.

El derecho de resistencia procede del arsenal jurídico del Antiguo Régimen, en concreto de la bilateralidad histórica de los pactos de vasallaje, que facultaba al vasallo a romper el vínculo si el señor violaba sus obligaciones, facultad que los teólogos intentaron extender a la relación política general cuando el Rey degeneraba en tirano<sup>56</sup>. Pero esta técnica de garantía, concebida como *ultimum remedium*, que podía encontrar a su favor la propia idea de revolución con que se había roto la monarquía absoluta y aun decapitado más tarde a su rey titular, se comprende que no era propiamente una técnica operativa, so pena de un inmenso desorden, en la relación cotidiana y ordinaria de las autoridades y funcionarios con los ciudadanos. Toda la evolución posterior consistirá, como veremos en el capítulo siguiente, en reconducir este derecho de resistencia hacia una acción judicial, por la que se pide al juez que restituya al demandante su situación arbitrariamente afectada por el agente que obra al margen o en contradicción con la Ley.

La fórmula de la condena penal al agente infractor de la Ley vuelve a hacernos caer en un mecanismo excesivo, a la vez que torpe, formalista y tardío, para resolver el problema de la aplicación ordinaria con los ciudadanos.

En alguna Constitución revolucionaria, desde la primera de 1791, se apunta ya resueltamente a la técnica del control de legalidad de los actos de los agentes públicos con la sanción de nulidad a los que se hayan revelado ilegales. Así, en los artículos 5 y 6 de la sección II del capítulo IV de la Constitución de 1791 se define en favor del Rey (el ministro, en su nombre) y de los administradores de Departa-

<sup>56</sup> La obra clásica sobre el tema es la de Kurt WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau, 1916, reimp. Aalen, 1961; para la formulación revolucionaria, págs. 362 y ss. *Vid.* también la excelente recopilación de A. KAUFMANN, *Widerstandsrecht*, en la serie «Wege der Forschung», Darmstadt, 1972.

mento la facultad de anular «los actos de los administradores contrarios a las Leyes». Por virtud de una interpretación singular del principio de la división de los poderes que la propia Asamblea Constituyente había impuesto en la básica Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790, y que examinaremos más despacio en el próximo capítulo, esa función de controlar la legalidad de los actos de las Administraciones y de sancionar con la nulidad a los que resultaren contrarios a las Leyes no resultaba posible atribuírsela a los jueces mismos y la Administración debió improvisar un sistema de autocontrol, de hecho parajudicial, que derivaría hacia lo que se llamará más tarde el recurso contencioso-administrativo. Pero lo que importa subrayar ahora es que la lógica de la construcción del principio de legalidad como técnica de gobierno, de donde va a salir todo el Derecho Público moderno, ha previsto con toda exactitud ese problema de la defensa jurídica del ámbito de libertad ciudadana que corresponde a las materias en que la Ley no se ha pronunciado o que están fuera de una aplicación correcta y estricta de dicha Ley. Esa defensa jurídica es la del derecho básico a no ser gobernado e interferido en el propio ámbito de libertad sino por medio de las Leyes.

Esta técnica se extrema hasta tal punto que se prohíbe expresamente a los jueces y al poder ejecutivo, no sólo dictar Leyes, que son lógicamente para ellos heterónomas, como producto que son de la voluntad de la nación, sino también extender, incluso hasta interpretar (*rectius*: fuera de su sentido literal), los preceptos legales a los cuales quedan estrictamente vinculados, sin resquicio alguno. Así el artículo 8, sección I, capítulo IV, de la Constitución de 1791, para el poder ejecutivo; artículo 3, capítulo V, para los jueces; artículo 4 de la sección I, título V, del Proyecto Girondino de 1793: «Está expresamente prohibido al Consejo Ejecutivo modificar, extender o interpretar las disposiciones de las Leyes y de los Decretos bajo cualquier pretexto que sea»;

casi en los mismos términos para los jueces, artículo 6, sección I, título X; Constitución jacobina de 1793: artículo 65: «El Consejo Ejecutivo no puede actuar más que en ejecución de las Leyes.» Veremos más adelante que alrededor de este principio esencial se formarán las instituciones fundamentales del Derecho Público.

Por ello, resulta esencial recordar que una de las notas más relevantes del nuevo reino de la Ley que la Revolución instaura está en el principio de responsabilidad de todos los representantes y agentes públicos. La Declaración de 1789 le dedicó uno de sus pocos artículos, el 15: «La sociedad tiene el derecho de pedir cuenta a todo agente público de su administración.» Como estricto historiador de la lengua, Brunot ha precisado que es en los años revolucionarios cuando la palabra «responsabilidad» nace y se expande, y añade: «La palabra resume en sí una pequeña revolución del Derecho Público, pues testimonia un cambio total en las doctrinas y en las prácticas de la administración en su conjunto»<sup>57</sup>. Aunque el término no era del todo desconocido antes, nos ilustra Brunot, es ahora cuando alcanza su

<sup>57</sup> F. BRUNOT, *Histoire de la Langue Française*, cit., tomo IX, 2, págs. 1050-1053. Si el cambio en las doctrinas y en las prácticas administrativas es «total», como dice el texto transcrito, la revolución en el Derecho Público no puede ser «pequeña», como hemos visto que afirma. El origen en francés de la palabra «responsabilité» está bien establecido. *Vid.*, además de BRUNOT, los artículos de M. VILLEY («Esquisse historique du mot responsable») y de J. HENRIOT («Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité"»), en *Archives de Philosophie du Droit*, 33, 1977, págs. 45 y ss. y 59 y ss. Aunque la palabra «responsable» puede localizarse desde el siglo XIV, el término abstracto «responsabilité» no aparece hasta 1788 (el *Dictionnaire historique*, dirigido por A. REY señala un texto de 1783 en una traducción del inglés), y su generalización es ya postrevolucionaria, a través, justamente, de su aplicación en Derecho Público, en el sentido que el texto señala. La Academia Francesa admite el término en su suplemento de 1798, como aportación del lenguaje revolucionario. Merece notarse que sólo tras esta aplicación esencial en el corazón del nuevo sistema del Derecho Público revolucionario, la palabra responsabilidad pasará al Derecho Privado y al Derecho Penal, no en los Códigos napoleónicos, sino por obra ya de la doctrina inmediatamente posterior.

lugar destacado. No se trataba sólo de la responsabilidad financiera, por el manejo de fondos públicos; tampoco de la que luego se llamará, pretendiendo asumir la totalidad del concepto, la responsabilidad de los ministros ante la Asamblea, como pieza especial del llamado «régimen parlamentario»; «se aplica —especifica Brunot, con su neutralidad de lingüista— a todos los que, de arriba abajo de la escala administrativa, ejercen autoridad. Comprende a las corporaciones como a los individuos. Significa que nadie podrá dar una orden o ejecutarla sin tener que ser llamado a rendir cuenta de ella». En la Asamblea un constituyente dirá: «Vosotros teméis el poder de los ministros, pero les hemos impuesto la Ley tranquilizadora de la responsabilidad»<sup>58</sup>. Como se ha dicho con acierto, «la responsabilidad del Estado aparece como el corolario de los derechos del hombre»<sup>59</sup>.

Es, pues, una manera de destacar el carácter fiduciario de toda función pública. La responsabilidad de los agentes viene a ser justamente, como notó uno de los tempranos documentos constitucionales americanos<sup>60</sup>, una derivación

<sup>58</sup> cfr. V. AZIMI, «Aux origines de la responsabilité ministerielle», en la obra colectiva cit., 1791. *La première Constitution française*, 1993, págs. 217 y ss. Al «despotismo ministerial —dice esta autora— la Revolución opone su legalismo, sometiendo a partir de ahora la acción administrativa a un régimen de derechos y deberes, única protección contra la impunidad de antaño».

<sup>59</sup> AZIMI, «Aux origines de la responsabilité», pág. 218; M. BOULET-SANTEL, «Une responsabilité de l'État sous l'Ancien Régime?», en la obra colectiva *La responsabilité à travers les âges*, París, 1989, págs. 89 y ss. Una consideración general, en G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Milán, 1994. Recordemos que el artículo 9.3 de la actual Constitución española proclama entre los principios que «la Constitución garantiza» el de «la responsabilidad de los poderes públicos», en general.

<sup>60</sup> En el artículo IV del *Bill of Rights* del Estado de Maryland, de noviembre de 1776, tras precisar que todas las personas investidas de poder legislativo o ejecutivo «son los mandatarios del público y, como tales, responsables de su conducta», y, tras concretar el principio de la responsabilidad política, concluye: «La doctrina de la no resistencia contra el poder arbitrario y la opresión es absurda, servil y destructiva del bien y de la felicidad del género humano»; la responsabilidad se concibe, pues, como una consecuencia del

técnica del derecho de resistencia contra el poder arbitrario y la opresión, declarado básico, como sabemos, en el artículo 2 de la Declaración de 1789. Todos y cada uno han de actuar en bien del pueblo, para él y bajo su vigilancia, rindiendo cuentas —políticas en primer término, pero también judiciales en las vías que procediesen, aún no desarrolladas hasta más tarde, como veremos, fuera de la vía penal de la prevaricación, también citada por la Declaración, como sabemos. Se subraya así que ya nadie dispone de poderes públicos como de un derecho propio para ejercer cualquier autoridad, de la mayor a la más pequeña, en el cuerpo social, que todo poder se ejercita en interés del cuerpo social y en ejecución de la Ley en que este interés ha plasmado su contenido. Queda así enérgicamente perfilado el efectivo reino de la Ley<sup>61</sup>.

derecho de resistencia a la opresión. Cfr. la rica obra colectiva dirigida por Carl J. FRIEDRICH, *Responsability*, Nomos III, Nueva York, 1960. Uno de los autores de este libro, J. Roland PENNOCK, *The problem of responsibility*, afirma, con fuentes, que la voz «responsabilidad» fue usada por vez primera en inglés y francés en 1787 justamente para ser aplicada a la actuación de las nuevas instituciones políticas respecto del pueblo. La primera entrada del término en inglés procedería de un texto de Alexander HAMILTON en el número 63 de *The Federalist*, 1787. Esta conclusión, muy importante para la tesis del texto, es avalada totalmente por *The Oxford English Dictionary*, 2.ª ed., Oxford, 1989. Lo mismo había notado ya HENRIOT, «Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité», cit., págs. 60-61, que transcribe incluso el texto entero de HAMILTON, sobre todo uno que no cita el *Oxford*, especialmente interesante para nosotros, porque dice: *a due responsibility in the government to the people*, en el mismo sentido general, pues, que el artículo de *Bill of Rights* de Maryland. (Por cierto, que en español P. Álvarez de Miranda me facilita un dato sorprendente, la presencia del término «responsabilidad» ya en el «Diccionario» de TERREROS, en su sentido plenamente moderno —«obligación de responder o dar razón de una cosa»—, Diccionario que, aunque publicado en 1787-1788, estaba ya concluido en 1767.)

<sup>61</sup> Por ello nada más contrario a las bases fundamentales del sistema que pretender apoyarse en el origen y la legitimidad democráticos del Gobierno y de las corporaciones territoriales y, por tanto, de todos los órganos de gobierno de las Administraciones —la democracia es justamente el sistema de gobierno de la Ley— para pretender reducir o aflojar los poderes de control del juez en la actual jurisdicción contencioso-administrativa, que debe

## VII. *Excursus*. Sobre la diferencia entre el reino de la Ley de la Revolución Francesa y el *rule of Law* anglosajón

Al poner énfasis en la radical novedad que supone la implantación de un sistema político con la técnica del gobierno de la Ley por la Revolución Francesa, nos sale al paso una posible objeción, la de la prioridad del mundo anglosajón en establecer lo que ellos han llamado *the rule of Law*, el imperio del Derecho. Esa prioridad es manifiesta, por otra parte, en otra de sus formulaciones típicas, la expresión *government of Laws and not of men*, que aparece en todos sus términos en una de las tempranas Declaraciones de derecho de los Estados americanos, la de Massachusetts, de 1780<sup>62</sup>.

defender necesariamente la Ley, de la cual sólo son «agentes» y no representantes los miembros del Ejecutivo, aun los electivos. *Vid.*, por todos, T. R. FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre la discrecionalidad y sobre su ejercicio arbitrario», en *REDA*, 80, 1994. En ROUSSEAU es explícita la distinción entre «acto de soberanía», que es sólo la Ley, que no puede ser más que general según su construcción, y «acto de magistratura», que es siempre un acto singular en ejecución de las Leyes: *Contrat social*, III, 1 (cfr. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, pág. 298). Estos conceptos han pasado al centro mismo del sistema de Derecho Público post-revolucionario. Cfr. mi libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.ª ed., Madrid, 2000.

<sup>62</sup> Art. XXX, al formular el principio de división de los poderes, a fin, dice, de que sea un gobierno de las Leyes y no de los hombres («to the end it may be a government of Laws and not of men»). El texto procede de JOHN ADAMS (M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967, págs. 148-149; B. SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind*, Nueva York, 1977, pág. 82). La expresión aparece en estos mismos términos, en efecto, en la clásica obra de ADAMS, *A defense of the Constitution of the USA against the attack of M. Turgot*, 1787, Filadelfia (reproducción fotostática de la ed. de 1789 por Scientia Verlag, Aalen, 1979), tomo I, pág. 129: «Donde gobierna el interés público *it is a government of Laws and not of men*; el interés de un rey o de una parte es otra cosa —es un interés privado, y donde gobierna el interés privado *it is a government of men and not of laws*. Si en Inglaterra había habido tal cosa de *a government of Laws*, ¿no era esto

La expresión *supremacy of Law* se ha definido como el «dogma fundamental de nuestro *common Law*»<sup>63</sup>, tal como procede desde la Magna Carta. En la fórmula *rule of Law* el término fue reactualizado de forma, quizá, poco afortunada, dada su aplicación, por Dicey en su *Introduction to the study of Constitution*, 1.ª edición, 1885<sup>64</sup>. La reelaboración pretendió significar la peculiaridad del sistema jurídico inglés frente al sistema francés, aunque en aquel momento ya europeizado, de «Droit Administratif», así singularizado en la expresión francesa. Pero el concepto, que ha superado ese traspiés, ha pasado hoy a ser equivalente al de Estado de Derecho, aunque en su origen haya significado otra cosa<sup>65</sup>.

la *Magna Charta*?; ¿y no han roto nuestros reyes la *Magna Charta* treinta veces? ¿Es que hay *Law government* cuando *the Law* se rompe?; ¿o fue un *government of men*?» Obsérvese ya aquí lo que luego indicaré en el texto, que *Laws* o *Law* no son propiamente las Leyes, es el Derecho, sin más.

<sup>63</sup> Por el norteamericano ROSCOE POUND, en su clásico *The development of constitutional guarantees of liberty*, Yale, New Haven, 1957, pág. 20.

<sup>64</sup> Reimpresión de la 9.ª ed. por Wade, Londres, 1952. La exposición del principio de *rule of law* como quicio de la Constitución inglesa, en págs. 183 y ss. La crítica clásica de DICEY fue la de JENNINGS, que identificó los conceptos de aquél con la simple ideología *whig*: *In praise of Dicey*, en *Public Administration*, 1935, reproducido en anexo de su libro *The Law and the Constitution*, 4.ª ed., Londres, 1952. La réplica más obvia ha sido la de la recepción en Inglaterra del propio sistema de Derecho Administrativo, sin perjuicio de peculiaridades secundarias. Así, W. A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3.ª ed., Londres, 1951; B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World*, Nueva York, 1954. Para la evolución, posterior a las fechas de esos libros, por todos, S. FLOGAITS, «*Administrative Law*» et *Droit Administratif*, París, 1986.

<sup>65</sup> Así, singularmente, el libro de Franz L. NEUMANN, *The Rule of Law. Political theory and the legal system in modern society*, Berg, Leamington, Heidelberg, 1986. Este libro es una adaptación de un original alemán (NEUMANN fue un exiliado por el nazismo) y apenas si trata del sistema anglosajón, sino, sobre todo, de las concepciones europeas, especialmente de las alemanas de Estado de Derecho. Las citas pueden multiplicarse. Baste la de N. S. MARSH, «The rule of Law as a supra-national concept», en la obra colectiva ed. por A. G. GUEST, *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, 1951, págs. 223 y ss. En tal sentido genérico la expresión *rule of Law* ha sido incluida en el Preámbulo del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Hum-

Históricamente, en efecto, incluso en la fórmula constitucional de Massachusetts que hemos citado, lo que sustancialmente la expresión pretende significar es la vinculación de los jueces al *common law* y la exclusión en su función de órdenes directas del rey o de sus delegados, o, incluso, de avocaciones regias para decidir los procesos. Esta doctrina viene de Bracton y tras él de toda la Edad Media. Suya es la famosa fórmula: «*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*»<sup>66</sup>. En 1610, en el momento del gran conflicto entre los Estuardos, los Comunes y los jueces, la famosa petición al rey de la Cámara de los Comunes de 7 de julio de 1610, dice: «No hay nada que a los súbditos de Su Majestad hayan considerado más querido y más precioso que *to be guided and governed by a certain rule of law*», de ser guiados y gobernados por un cierto imperio del Derecho<sup>67</sup>. El formidable juez sir Edward Coke concluyó de perfilar estos conceptos en el *case of Prohibitions del Roy* o *Fuller's case* de 1612.

nos de 1950 y es ya usado ordinariamente (en la versión española de este convenio, ratificado en 1979, la expresión es traducida como «preeminencia del derecho»). Sobre la dificultad de traducir a un idioma continental europeo la expresión *rule of Law* habla el profesor holandés VAN CAENEGEM en su excelente obra *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1993, pág. 4.

<sup>66</sup> «El Rey no debe estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y bajo el Derecho, porque el Derecho hace al Rey». BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, en el título *De personis* (en la magna edición de S. F. THORNE, Harvard University Press, 1968, tomo II, pág. 33). Pero conviene precisar que *lex* no debe traducirse por ley (formal, escrita) en el pensamiento de BRACTON; en el segundo párrafo de su libro, tras decirnos que un reino requiere dos cosas, *arma et leges*, se cuida de aclarar: «*Cum autem fere in omnibus regionibus utatur legibus et iure scripto, solo Anglia usa est in suis finibus iure no scripto et consuetudine*»; esto es: aunque en casi todos los países se hace uso de las *leges* y del *ius scriptum*, en Inglaterra sólo el derecho es no escrito y formado por costumbres. A continuación, explica cómo los conflictos jurídicos los deciden los jueces, a quienes él, «Henricus de Bratton», quiere instruir con su libro. La obra procede del siglo XIII, pero mantendrá su autoridad por muchos siglos después, hasta hoy mismo.

<sup>67</sup> Cit. por N. S. MARSH, «The rule of law as a supra-national concept», cit., pág. 226.

Esta importante sentencia, que fue constantemente citada en el proceso revolucionario americano casi doscientos años después, se opuso a una avocación por el Rey de un caso del que estaba ya conociendo el Tribunal para decidirlo desde su «razón natural», diciendo: «Pues el Rey piensa que el Derecho se funda en la razón y que él mismo y otros tienen razón tan buena como la de los jueces; a lo cual debo contestar que es verdad que Dios ha agraciado a Su Majestad con excelente ciencia y con gran beneficio de dones naturales; pero Su Majestad no ha estudiado el Derecho del reino de Inglaterra, y las causas que conciernen la vida, la herencia, los bienes o la fortuna de sus súbditos no deben ser decididos por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio del Derecho, y el Derecho es un arte que requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocerlo»<sup>68</sup>. Más veces Coke se opuso a que el Rey, en su propia persona, «pudiese juzgar cualquier caso, fuese criminal o civil», ni que pudiese «apartar cualquier caso del conocimiento de un Tribunal», ni que tomase personalmente parte en las deliberaciones de los jueces<sup>69</sup>. Declaró también de modo explícito que «el Rey no podía detener a ningún hombre porque no había recurso frente a él. Sólo podía actuar a través de los jueces», oponiéndose incluso al uso del concepto de «soberanía»<sup>70</sup>. Otro juez de

<sup>68</sup> Cit. por R. POUND, *The development of constitutional guarantees of liberty*, cit., pág. 165. También la obra clásica de Edward S. CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, ed. de Ithaca, 1961. Sobre las circunstancias de ese famoso caso, C. D. BOWEN, *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*, Londres, 1957, págs. 251 y ss. Se conocían como «prohibitions» la orden dada por el Rey de paralizar un proceso o de cambiar el Tribunal que lo estaba enjuiciando. Cfr. G. E. AYLMER, *The struggle for the Constitution, 1603-1689*, 4.ª ed., Londres, 1975, pág. 49. Para toda la comprensión de esa etapa del Derecho inglés, la obra de J. W. GOUGH, *Fundamental Law in english constitutional history*, Oxford, 1955; obra fundamental, como su título.

<sup>69</sup> F. G. MARCHAM, *A constitutional history of modern England, 1485 to the present*, Nueva York, 1960, pág. 122.

<sup>70</sup> Ch. OGILVIE, *The King's government and the Common Law, 1471-1641*, Oxford, 1958, pág. 146.

su grupo, Berkeley, hablará en 1636 explícitamente de un *rule of law*<sup>71</sup>.

Este viejo concepto de *rule of law*, como ha recordado certeramente Sartori<sup>72</sup>, culminará en el famoso *Bonham case* de 1610 (caso que será modelo en la Revolución americana para la institución del control judicial de la constitucionalidad de las Leyes), según el cual, en los términos de Coke, «una Ley del Parlamento que fuera contra la Equidad natural es nula por sí misma», puesto que *iura natura sunt inmutabilia*, iniciando así una técnica de control por los jueces de las mismas Leyes que no fructificaría en Inglaterra, pero que subraya enérgicamente el papel central y la autonomía absoluta con que Coke concebía el papel del juez<sup>73</sup>. El Derecho cuyo imperio se postula no es, pues, la legalidad, la Ley del Rey, es casi lo contrario, un derecho extraestatal autónomo, autónomo también en sus Tribunales, sin Estado, o más exactamente, sin que el Estado avoque a sí la producción del Derecho.

Cuando Blackstone escribe ya al final del siglo XVIII sus fundamentales *Commentaries on the laws of England* y proclama por vez primera como quicio del sistema político inglés el de la soberanía del Parlamento, que altera la tradicional concepción presente aún en los juristas hasta poco antes, recuerda, sin embargo, que «el principal deber del Rey es “to govern his people according the law”»<sup>74</sup>, citando

<sup>71</sup> OGLVIE, *op. cit.*, pág. 153.

<sup>72</sup> Cit. por MOCCIA, «Glossario (Common Law)», en los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 9, Milán, 1981, pág. 455.

<sup>73</sup> Sobre la significación del *Bonham's case* en la evolución del *common Law* y para el constitucionalismo americano, R. POUND, *The development*, cit., págs. 51 y ss.; S. E. THORNE, «Dr. Bonham's case», en *Law Quarterly Review*, 1938, págs. 545 y ss.; B. BAILYN, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1971, págs. 177 y ss.

<sup>74</sup> *Commentaires* (1.ª ed., 1765-1769), libro I, cap. 6 (en la ed. de Londres, 1825, I, pág. 233).

a Bracton y a Forstecue<sup>75</sup>, así como la fórmula del juramento de coronación. Y al tratar de la justicia<sup>76</sup> es especialmente enérgico al observar que aunque el Rey «es considerado» *the fountain of justice*, eso «no significa que sea el autor o el origen de la justicia», añadiendo: «El poder original de la judicatura, por los principios fundamentales de la sociedad, está situado en la sociedad en general», de modo que aunque el Rey pueda erigir tribunales no le es posible, además de que sería impropio, dictar él las sentencias; «por una costumbre antigua y uniforme de mucho tiempo, los reyes han delegado su antiguo poder judicial plenario en los jueces de los diferentes tribunales, que son los grandes depositarios de las Leyes fundamentales del reino... declarando la independencia y la supremacía [*uprightness*] de los jueces como esencial a la administración de la justicia y una de las mejores seguridades de los derechos de sus súbditos». Un compendio contemporáneo de toda esta doctrina de Blackstone puede llevar por ello legítimamente el título de «The sovereignty of the law»<sup>77</sup>.

El concepto de *rule of law* tiene, pues, una ilustre genealogía y se sitúa en el mismo corazón del sistema político y jurídico inglés. Expresa, pues, esencialmente, la autonomía del *common law* y de sus tribunales<sup>78</sup>. No es inicialmente, pues, la técnica de la legalidad para el despliegue de la auto-

<sup>75</sup> Así como un texto de otro jurista inglés (escrito en el *Yearbook* de Enrique VI), aunque aún escriba en un francés tosco, como *lingua fori*. CHRISTIAN, cuyo texto dice: «La loi est le plus haute inhéritance que le roy ad; car par la loi ne fuit, nul roy et nul inhéritance sera».

<sup>76</sup> *Commentaries*, libro I, cap. 7.

<sup>77</sup> *The sovereignty of the Law. Selections from Blackstone, Commentaries on the Law of England*, ed. de G. Jones, Londres, 1973.

<sup>78</sup> Un autor francés (aunque muy buen conocedor del Derecho norteamericano), hablando en la Universidad de Harvard en 1956 con ocasión de un congreso que llevó el título de «Government under Law», A. TUNC, pudo decir por ello: «*Government under Law, judicial review* o supremacía judicial son todas frases que expresan la misma idea». Cita del libro colectivo, ed. por A. E. SUTHERLAND, *Government under Law. Bicentennial of John Marshall*, Harvard University Press, 1956, pág. 37.

ridad política. No puede, por ello, equipararse a lo que expresa el concepto revolucionario de «reino de la Ley», como el posterior de «Estado de Derecho» en la Alemania del XIX y en todo el mundo, virtualmente, hoy. Sólo ya en este siglo puede hablarse de un acercamiento entre ambos conceptos; lo veremos más adelante, cuando la idea de *rule of law*, reteniendo sólo alguno de sus matices originarios, se ha convertido, en la expresión de N. S. Marsh<sup>79</sup>, en un concepto supranacional.

Esto explica por sí solo que del reino de la Ley proclamado por la Revolución Francesa surgiese el Derecho Público, luego extendido a toda Europa, basado en el principio de legalidad, en el sentido formal y escrito de la expresión, fruto de la legalización o estatalización casi completa del Derecho que la Revolución determina. Esta consecuencia no se produjo, sin embargo, en América (como tampoco en Inglaterra) tras su revolución anticipada, donde sigue imperando hasta este siglo un *common law* esencialmente judicial. Sólo en este siglo, en Inglaterra tras la primera postguerra, en Estados Unidos tras el *New Deal* de Roosevelt y con la segunda postguerra, ha aparecido la marea inundatoria del *statute Law*, del Derecho producido por Leyes,

<sup>79</sup> N. S. MARSH, «The rule of Law as a supra-national concept», ya citado. J. W. GOUGH, *Fundamental Law*, cit., pág. 50, dice: «La vieja frase [*the rule of Law*] conserva poco más que su validez formal. Cuando nosotros cantamos en nuestro himno nacional que la Reina pueda *defender our Laws*, no pensamos realmente en que los voluminosos y saturados volúmenes de nuestras modernas recopilaciones legislativas [*statute book*] necesiten ser defendidas... La petición es, de hecho, una forma del *Nolumus leges Angliae mutare* y otros viejos refranes, que implican una estructura relativamente estática de la sociedad, en la cual *the rule of Law* era una garantía de derechos permanentemente adquiridos... *The Laws* que mencionamos en el himno nacional son las Leyes que dieron a Inglaterra su valioso carácter de ser "un país libre" —las Leyes en virtud de las cuales la monarquía fue limitada, y no arbitraria, y los ciudadanos gozan de derechos y libertades». *Vid.* también, en este sentido general, el valioso conjunto de estudios, ed. by Ian SHAPIRO, *The Rule of Law*, «Nomos XXXVI, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy», New York, 1994.

en términos ya no muy diferentes de lo ocurrido en el continente europeo más de un siglo antes<sup>80</sup>. Por ello, justamente, el Derecho Público europeo y el anglosajón han seguido vías diferentes, aunque hoy hayan concluido en posiciones no muy diferentes.

<sup>80</sup> Cfr., por todos, el agudo libro de G. CALABRESSI, *A common Law for the age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982. El juez americano del Tribunal Supremo A. Scaglia (cit. por S. J. BURTON, en la obra colectiva referida en la nota anterior *The Rule of Law*, pág. 180) ha observado que *the rule of law* requiere generalmente a *law of rules*, un Derecho de reglas (generales).