

Documentos

LA DECADENCIA DE LA LEY*

FRIEDRICH A. HAYEK

«El dogma de que el poder absoluto, en la hipótesis de su origen popular, sea tan legítimo como la libertad, comenzó a oscurecer el ambiente».

Lord Acton**

1. La decadencia de la ley

En capítulos anteriores hemos dedicado atención preferente al proceso evolutivo germánico no sólo porque en Alemania —si no en la práctica, al menos en la teoría— el Estado de Derecho alcanzó mayor madurez, sino por destacar cómo se inició también allí la reacción contra dicho ideal. Al igual que sucede con la mayor parte de las doctrinas socialistas, el pensamiento jurídico que iba a minar el imperio de la ley tuvo su origen en Alemania, extendiéndose desde allí al resto del mundo.

El intervalo entre la victoria del liberalismo y el cambio de dirección hacia el socialismo o hacia cierta clase de Estado benefactor fue en Alemania más corto que en cualquier otro país. Apenas perfeccionadas las instituciones destinadas a asegurar el imperio de la ley, se registró un cambio de opinión que impidió abogar por aquellos ideales que habían motivado su nacimiento. Una serie de circunstancias políticas, combinadas con factores puramente intelectuales, impulsaron el proceso que en otros países evolucionaba con mayor lentitud. La circunstancia de que la unificación del país se hubiese logrado mediante artificios estatales y no por gradual evolución reforzó la creencia de que la sociedad debía ser organizada según patrones preconcebidos. Las ambiciones sociales y políticas que aquella situación favorecía

* *Fundamentos de la libertad*, Capítulo XVI, Unión Editorial, 10ª edición, Madrid, 2020.

** *Hist. of Freedom*, p. 78. El título del capítulo ha sido tomado de G. Ripert, *Le Déclin du droit*, París 1949.

cobraron mayor vigor a impulso de las tendencias filosóficas entonces reinantes en Alemania. La pretensión de que el poder público había de instaurar una justicia no meramente «formal», sino «sustantiva», es decir, «distributiva» o «social», venía acentuándose de manera ininterrumpida desde la época de la Revolución francesa. Hacia finales del siglo XIX tales ideas ya afectaban profundamente a la doctrina jurídica. En 1890, un teórico socialista del derecho expresó de la siguiente forma lo que de manera creciente llegó a ser doctrina dominante: «Al tratar exactamente igual a todos los ciudadanos, sin consideración a su calidad personal y posición económica, y al permitir una competencia ilimitada entre ellos, resulta que la producción de bienes se incrementa sin límites, pero los pobres y débiles tienen sólo una pequeña participación en la riqueza creada. La nueva legislación social y económica, por lo tanto, intenta proteger al débil contra el fuerte y asegurarle una participación moderada en las cosas buenas de la vida. Hoy en día se entiende que no hay mayor injusticia que tratar como igual a lo que de hecho es desigual»¹. Anatole France hizo mofa de la «mayestática igualdad de la ley que prohíbe tanto al pobre como al rico dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan»². Esta

¹ A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1895, 3.ª ed., Tubinga 1904, p. 31. Las consecuencias completas de esta concepción se elaboran en la última obra del autor, *New Staatslehre*, Jena 1902. Por el mismo tiempo, el gran criminalista alemán F. von Listz pudo comentar (*Strafrechtliche Aufsätze*, Leipzig 1897, II, p. 60): «La nueva generación socialista, que insiste en los intereses comunes con más énfasis que sus predecesores, a cuyos oídos la palabra 'libertad' tenía resonancias arcaicas, patina en los fundamentos.» La infiltración de las mismas ideas en Inglaterra queda bien ejemplarizada por D.G. Ritchie, *Natural Rights*, 1894, 3.ª ed., Londres 1916, p. 258: «La pretensión de igualdad en su más amplio sentido significa la exigencia de iguales oportunidades: *la carrière ouverte aux talents*. El resultado de tal igualdad de oportunidades será, ciertamente, la inversión de la igualdad de las condiciones sociales, siempre que las leyes permitan la transmisión de la propiedad de los ascendientes a los descendientes o incluso la acumulación de riqueza por los individuos. De esta forma, como a menudo se ha señalado, el efecto de la casi completa victoria de los principios del 1789 —la abolición de las restricciones legales sobre la libre competencia— ha consistido en acentuar la diferencia entre ricos y pobres. La igualdad de derechos políticos, juntamente con una mayor igualdad en las condiciones sociales, ha traído a un primer plano la 'cuestión social', que ya no se oculta, como antiguamente ocurría, tras la lucha por la igualdad ante la ley y por la igualdad en los derechos políticos.»

² Anatole France, *De lys rouge*, París 1894, p. 117.

famosa frase ha sido repetida innumerables veces por gentes bienintencionadas pero poco dadas a meditar e incapaces de comprender que con su actitud minaban los cimientos de la verdadera justicia.

2. Escuelas opuestas a las limitaciones tradicionales

En favor de dichos criterios políticos militaron decisivamente diversas teorías aparecidas algún tiempo antes, las cuales, si bien resultaban entre sí contradictorias en muchos aspectos, coincidían en menospreciar cualquier limitación impuesta a la autoridad en aras de la ley y en propugnar a favor del Estado nuevas y mayores facultades que le permitieran conformar las relaciones humanas con cierto preestablecido ideal de justicia social. Los cuatro principales movimientos que operaron en esta dirección fueron, en orden de importancia decreciente, el positivismo jurídico, el historicismo, la escuela del «libre arbitrio» judicial y la doctrina del «interés jurídicamente protegido». Consideremos brevemente las tres últimas antes de analizar la primera, que requiere alguna mayor atención.

La tradición que sólo más tarde fue denominada «teoría del interés jurídicamente protegido» es una fórmula de acercamiento sociológico similar en cierta manera al «realismo jurídico» de la América contemporánea. Por lo menos en su concepción más radical, pretendía liberarse de esa suerte de construcción lógica que la decisión de las disputas entraña en virtud de la aplicación de reglas jurídicas estrictas, reemplazándolas por una personal ponderación de los intereses que se ventilan en el caso concreto³. La escuela del «libre arbitrio judicial», en cierta medida, fue un movimiento paralelo del anterior, pero centrado únicamente en materia criminal. Pretendía liberar al juez, tanto como fuera posible, de su sujeción a normas preestablecidas, permitiéndole resolver con arreglo a su personal «sentido de justicia». Reiteradamente

³ La tradición se remonta a la última obra de R. von Ihering. Para los procesos de desarrollo moderno, véanse los ensayos coleccionados en *The Jurisprudence of Interests*, «Twentieth Century Legal Philosophy Series», II, Harvard University Press, 1948.

se ha destacado de qué manera tan eficaz esta doctrina abrió las puertas a la arbitrariedad del Estado totalitario⁴.

El historicismo —que debe distinguirse de las grandes escuelas históricas que le precedieron en jurisprudencia y otras ramas del saber⁵— pretendía descubrir las leyes de la evolución histórica deduciendo las instituciones adecuadas a cada situación. Tal teoría condujo a un extremado relativismo; no somos producto de nuestro tiempo, no venimos en gran medida condicionados por opiniones e ideas heredadas; podemos superar tales limitaciones y, advirtiéndolo cómo nuestros puntos de vista vienen impuestos por las circunstancias, reorganizar las instituciones adaptándolas a nuestra época⁶. Tal criterio condujo naturalmente a rechazar cualquier norma que no apareciera racionalmente justificada o que no fuera dictada por el deseo de alcanzar un objetivo específico. De tal suerte, el historicismo proclamó ya, como en su momento veremos, la tesis fundamental del positivismo jurídico⁷.

3. El positivismo jurídico

El positivismo jurídico se ha opuesto a aquella tradición que, si bien nunca fue expresamente proclamada, constituyó durante dos mil años el marco para el estudio de los problemas fundamentales. Se trata del concepto de ley natural que todavía facilita a muchos la respuesta a sus más importantes interrogantes. Deliberadamente hemos evitado hasta ahora un análisis de nuestra temática referida a dicha concepción, porque las numerosas escuelas que se califican con ese nombre mantienen teorías tan distintas que el

⁴ Véase, por ejemplo, F. Fleiner, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zurich 1941, p. 438: «Este cambio [hacia el Estado totalitario] estuvo preparado por ciertas tendencias de la jurisprudencia alemana (p. e. la llamada Escuela del Libre Arbitrio), que creían servir al derecho cuando quebrantaban la fidelidad a las leyes.»

⁵ Sobre el carácter de este historicismo véase C. Menger, *Untersuchungen*, y K.R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Londres 1957.

⁶ Véase mi *The Counter-Revolution of Science*, Glencoe 1952, parte I, cap. 7.

⁷ Sobre la relación entre historicismo y positivismo jurídico, véase H. Heller, «Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart», *Archiv des öffentlichen Rechts*, XVI, 1929, p. 336.

intento de calibrarlas requeriría una aparte⁸. Sin embargo, al menos cabe reconocer aquí que las diferentes escuelas de derecho natural concuerdan en un punto: todas se enfocan hacia el mismo problema. Lo que realza el gran conflicto entre los defensores del derecho natural y el positivismo jurídico es que, mientras los primeros reconocen la existencia de ese problema, los últimos la niegan en absoluto o, por lo menos, rehúsan admitir que tenga un lugar legítimo dentro de los dominios de la jurisprudencia.

Todas las escuelas de derecho natural están de acuerdo en la existencia de normas que no son producto deliberado de ningún legislador. Asimismo están de acuerdo en que toda ley positiva deriva su validez de ciertos preceptos que, si bien no fueron elaborados por los hombres, pueden ser «descubiertos» por ellos; reglas a cuya luz debe ponderarse la ley positiva, imponiendo, en su caso, al hombre el respeto a esta última. Tanto si las escuelas del derecho natural buscan la solución en la inspiración divina o a través de la razón humana, o en principios que no formando parte integrante de la misma, constituyen factores irracionales que gobiernan el funcionamiento del intelecto humano, o si conciben la ley natural con un contenido permanente e inmutable o temporal y variable, todas pretenden abordar cuestiones que el positivismo no se plantea. Para éste, la ley no es más que el expreso mandato emanado de humana voluntad.

Por esta razón, el positivismo jurídico, desde sus comienzos, no podía simpatizar ni ver la menor utilidad en aquellos principios metalegales que entrañan el ideal del imperio de la ley o del *Rechtstaat* en el sentido originario de tales conceptos, ya que implicaban una limitación del poder legislativo. En ningún otro país ganó el positivismo tan indiscutible influencia como en la Alemania de la segunda mitad del pasado siglo, y, por consiguiente, en esta misma

⁸ El mejor y más breve examen que conozco de las distintas tradiciones del «derecho natural» es el de A.P. D'Entrèves, *Natural Law*, Hutchinson's University Library, Londres 1916. Mencionemos que el moderno positivismo jurídico procede en gran medida de T. Hobbes y R. Descartes, dos hombres contra cuyas racionales interpretaciones de la sociedad se desarrolló la teoría *whig*, empírica y evolucionista: asimismo, el positivismo ganó en gran parte su actual ascendencia merced a la influencia de Hegel y Marx. En relación con la postura del último, véase su introducción a la *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, de Marx y Engels; *Historische - Kritische Gesamtausgabe*, ed. D. Rjazanow, Berlín 1929, vol. I, parte I.

Alemania el ideal del imperio de la ley sufrió la primera mengua de su contenido real. La concepción sustantiva del *Rechtsstaat*, que exigía que las reglas de derecho poseyesen propiedades definidas, fue desplazada por un concepto puramente formal que requería tan sólo que toda la acción del Estado estuviera autorizada por el legislador. Para abreviar, es «ley» todo lo que una cierta autoridad declare legal. El problema, por tanto, se convirtió en una cuestión de mera legalidad⁹. Al morir el siglo se había aceptado doctrinalmente que el ideal «individualista» del *Rechtsstaat* sustantivo pertenecía a un pasado «derrotado por los poderes creadores de las ideas nacionales y sociales»¹⁰, o, como una eminente autoridad en derecho administrativo afirmó a propósito de la situación dominante poco antes del comienzo de la Primera Guerra Mundial: «De tal forma hemos vuelto a los principios del Estado policía, reconociendo de nuevo el ideal del *Kulturstaat*. La única diferencia estriba en los medios. Sobre la base de las leyes, al Estado moderno todo le está permitido y, desde luego, mucho más de lo que se toleraba al Estado policía. Así, en el curso del siglo XIX se ha dado un nuevo significado al término *Rechtsstaat*. Entendemos por ello un Estado cuya actividad total tiene lugar sobre la base de leyes y en forma legal. En lo que respecta a los propósitos del Estado y a los límites de su competencia, el término *Rechtsstaat* actualmente no nos dice nada»¹¹.

Las doctrinas que comentamos tan sólo después de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, alcanzaron su forma más efectiva y comenzaron a ejercer una gran influencia, que se extendió más allá de las fronteras de Alemania. La nueva formulación conocida como «teoría pura del derecho», divulgada por el profesor H. Kelsen¹²,

⁹ Véase H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, Tubinga 1930, y 11, y Hallowell, *The Decline of Liberalism as an Ideology*, University of Carolina Press, 1943, y *the Moral Foundations of Democracy*, University of Chicago Press, 1954, cap. IV, especialmente p. 73.

¹⁰ R. Thoma, «Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft», *Jahrbuch für öffentliches Rechts*, IV, 1910, p. 208.

¹¹ R. Bernatzik, *Rechtsstaat und Kulturstaat*, Hannover 1912, p. 56. Véase también la obra del mismo autor «Polizei und Kulturpflege», en *Systematische Rechtswissenschaft (Kultur der Gegenwart)*, parte II, sec. VIII, Leipzig 1906.

¹² La victoria del positivismo jurídico fue asegurada temprana y principalmente gracias a los infatigables esfuerzos de K. Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892), pero alcanzó su más amplia aceptación y consistente base filosófica bajo la forma que le dio H. Kelsen. Citaremos aquí principalmente a H. Kelsen, *Allgemeine*

señaló el eclipse definitivo de todas las tradiciones de gobierno limitado. Sus enseñanzas fueron ávidamente recibidas por cuantos reformadores habían encontrado en las limitaciones tradicionales un obstáculo irritante a sus ambiciones y que, por tanto, deseaban suprimir las restricciones opuestas al imperio de la mayoría. El mismo Kelsen había observado algún tiempo antes que «la libertad básica del individuo retrocede poco a poco para dar paso a la libertad de la colectividad, que ocupa el primer puesto en el escenario»¹³; y que este cambio en el concepto de libertad significaba una «emancipación de lo democrático con respecto a lo liberal»¹⁴, cambio al que Kelsen daba notoriamente la bienvenida. La concepción básica de su sistema es la identificación del Estado y el orden jurídico. De esta forma, el *Rechtsstaat* se convirtió en un concepto extremadamente formal y en atributo de todos los estados¹⁵, incluso de los despóticos¹⁶. No hay límites posibles al poder del

Staatslehre, Berlín 1925, pero el lector encontrará refundidas la mayoría de sus ideas esenciales en *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, que también contiene una traducción de la importante conferencia titulada *Die philosophischen Grundlage der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928.

¹³ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubinga 1920, p. 10. La frase que dice: «la libertad del individuo, en el fondo insalvable», se convierte en la segunda edición, de 1929, en «la libertad del individuo, en el fondo imposible».

¹⁴ *Ibid.*, p. 10: «Loslösung des Demokratismus von Liberalismus.»

¹⁵ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 91. Véase también su *Hautprobleme der Staatsrechtslehre*, Viena 1923, p. 249, donde la manera de enfocar el problema le lleva consecuentemente a declarar que «un agravio del Estado equivale, en cualquier circunstancia, a una *contradictio in terminis*».

¹⁶ *Allgemeine Staatslehre*, p. 335; he aquí la traducción de pasajes importantes: «Afirmar que bajo el despotismo no existe orden o ley (*Rechtsordnung*), sino que reina la arbitraria voluntad del déspota, carece totalmente de sentido. El Estado despóticamente gobernado también representa cierto orden de la conducta humana. Este orden es el orden de la ley. Negarle el nombre de orden legal no es otra cosa que ingenuidad y presunción derivada del pensamiento del derecho natural... Lo que se interpreta como voluntad arbitraria es meramente la posibilidad legal de que disfruta el autócrata para tomar por sí mismo cualquier decisión para determinar sin condiciones las actividades de los órganos subordinados y para rescindir o alterar en cualquier momento las normas que primitivamente anunció, bien con carácter general o para un caso particular. Tal condición constituye una de las condiciones de la ley incluso cuando se presume que es desventajosa. Tiene también sus aspectos buenos. La pretensión de dictadura, no poco común en el moderno *Rechtsstaat*, lo demostró muy claramente.» En el ensayo «Foundations of Democracy», *Ethics*, LXVI, núm. I parte II, octubre de 1955, p. 100, nota 12, Kelsen reconoce explícitamente que el pasaje anterior

legislador¹⁷ y no existen «las denominadas libertades fundamentales»¹⁸. Cualquier intento de negar el carácter de orden legal a un despotismo arbitrario representa «tan sólo la ingenuidad y la presunción del pensamiento del derecho natural»¹⁹. Se hacen toda clase de esfuerzos no sólo para oscurecer la distinción fundamental entre leyes verdaderas, en el sentido sustantivo de leyes abstractas y generales, y leyes en el mero sentido formal (incluidos los actos de la legislatura), sino para que no puedan distinguirse de tales leyes las órdenes de cualquier autoridad, sin importar las que sean, y a veces para incluir estas últimas dentro del término vago de «norma»²⁰. Incluso la distinción entre actos jurisdiccionales y administrativos es prácticamente borrada. En definitiva, el contenido de la concepción tradicional del imperio de la ley se presenta como una superstición metafísica.

Esta versión del positivismo jurídico, la más coherente desde el punto de vista lógico, muestra las ideas que dominaron el pensamiento germánico hacia 1920 y se esparcieron rápidamente por el resto del mundo. Al final de la década habían conquistado tan completamente Alemania que «la adhesión a las teorías del derecho natural era reputada como una especie de desgracia intelectual»²¹. Las posibilidades que engendró tal estado de opinión para el advenimiento de las dictaduras ilimitadas ya fueron claramente calibradas por agudos observadores en los tiempos en que Hitler trataba de obtener el poder. En 1930, un docto jurista germano, en un detallado estudio sobre las repercusiones de los «esfuerzos para lograr el Estado socialista, opuesto al *Rechtsstaat*»²², señaló

refleja todavía los puntos de vista del autor. Véase también una versión precedente, sobre el mismo tema, titulada «Democracy and Socialism», *Conference on Jurisprudence and Politics*, University of Chicago, Conferencias, serie núm. 15, Chicago 1955.

¹⁷ *Allgemeine Staatslehre*, p. 14.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 154ss; la frase reza: «los llamados derechos de la libertad».

¹⁹ *Op. cit.*, p. 335.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 231ss. Véase *General Theory of Law and State*, p. 38.

²¹ E. Voegelin, «Kelsen's Pure Theory of Law», *Pol. Science Quarterly*, XLII, 1927, p. 268.

²² F. Darmstädter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, Heidelberg 1930, y H. Hallowell, *The Decline of Liberalism as an Ideology y The Moral Foundations of Democracy*. Sobre posteriores desarrollos bajo el nacionalsocialismo, véase F. Neumann, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism*, 2.ª ed., Nueva York 1944, y A. Kolnai, *The War against the West*, Nueva York 1938, pp. 29-310.

que estos «procesos doctrinales han removido ya todos los obstáculos que se oponen a la desaparición del *Rechtsstaat* y abierto las puertas a la victoria de la voluntad fascista y bolchevique del Estado»²³. La creciente preocupación por un proceso que Hitler finalmente iba a completar halló eco en más de uno de los oradores del Congreso de Derecho Constitucional Alemán²⁴. Pero era demasiado tarde. Las fuerzas que combatían contra la libertad habían aprendido a la perfección la doctrina positivista de que el Estado no debe estar limitado por la ley. En la Alemania hitleriana, en la Italia fascista y en Rusia se llegó a creer que bajo el imperio de la ley el Estado «carecía de libertad»²⁵, era «un prisionero de la ley»²⁶, y que para actuar «justamente debía liberarse de los grilletes de las reglas abstractas»²⁷. El Estado «libre» no era otro que aquel que podía tratar a sus súbditos como le viniera en gana.

4. El destino del derecho bajo el comunismo

La inseparabilidad de la libertad personal del imperio de la ley se muestra con más claridad en la absoluta negación de dicha libertad,

²³ F. Darmstädter, *op. cit.*, p. 95.

²⁴ Véase *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehre*, VII, Berlín 1932, especialmente la contribución de H. Triepel y G. Leibholz.

²⁵ A.L. Malitzky, en una publicación rusa de 1929, citada por B. Mirkin-Getzewitsch, *Die Rechtstheoretischen Grundlagen des Sovietstaates*, Viena 1929, p. 117. Véase, sin embargo, el examen similar de R. von Ihering, *Law as a Means to an End*, traducción de I. Husik, Boston 1913, p. 315: «El exclusivo dominio de la ley equivale a que la sociedad haga dejación del libre uso de sus manos. La sociedad se entrega atada de manos a la rígida norma necesaria y queda sin ayuda en presencia de todas las circunstancias y exigencias de la vida que no hayan sido previstas por la ley o para las cuales esta última resulte inadecuada. De lo expuesto deducimos que el Estado únicamente debe limitar sus propios poderes y espontánea actividad, mediante la ley, en medida absolutamente necesaria, más bien pecando por defecto que por exceso. Es equivocado creer que el interés de la seguridad de los derechos y de la libertad política requiere la mayor limitación posible del gobernante por parte de la ley. Ello se basa en la extraña noción [!] de que la fuerza es un mal que debe combatirse hasta el máximo. Sin embargo, en realidad se trata de un bien cuya total utilización requiere, como en el caso de todos los bienes, aceptar la posibilidad de que dentro del trato entre el abuso.»

²⁶ G. Perticone, «Quelques aspects de la crise du droit publique en Italia», *Revue International de la Théorie du Droit*, 1931-32, p. 2.

²⁷ Véase C. Schmitt, «Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat», *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XCV, 1935, p. 190.

incluso teóricamente, que se registra en el país donde el despotismo moderno ha llegado a sus últimas consecuencias. La historia del desarrollo de la teoría jurídica en Rusia, durante las primeras etapas del comunismo, cuando los ideales socialistas todavía se tomaban en serio y se discutía ampliamente la parte que debía corresponder a la ley en tal sistema, es muy instructiva. Los argumentos nacidos de tales discusiones, con su despiadada lógica, muestran la naturaleza del problema más claramente de lo que lo hacen los socialistas occidentales, quienes comúnmente tratan de lograr lo mejor de los dos mundos.

Los teóricos rusos del derecho continuaron de modo deliberado por un camino que, como ellos mismos reconocían, había sido seguido hacía tiempo por la Europa Occidental. De acuerdo con las declaraciones de uno de ellos, la propia concepción de la ley desaparecía y «el centro de gravedad se desplazaba cada vez más del establecimiento de normas generales a decisiones individuales e instrucciones que regulan, asisten y coordinan las actividades de la administración»²⁸, o como alegó otro al mismo tiempo: «Puesto que es imposible distinguir entre leyes y reglamentos administrativos, tal contraste constituye una mera ficción de la teoría y práctica burguesas»²⁹. La mejor descripción de estos procesos evolutivos la debemos a un estudioso ruso no comunista, quien observó que «lo que distingue al sistema soviético de los restantes gobiernos despóticos es que representa un intento para fundamentar el Estado en *principios* opuestos a los del imperio de la ley... intento que ha dado origen a una *teoría* que exime a los gobernantes de toda suerte de obligaciones o limitaciones»³⁰; o, como un teórico comunista manifestó, «el principio fundamental de nuestra legislación y nuestro derecho privado, que la teoría burguesa nunca reconocerá, radica en que se considera prohibido todo lo que no haya sido expresamente permitido»³¹.

²⁸ Archipov, *El Derecho en el Estado soviético*, Moscú 1926 (en ruso), citado por Mirkin-Getzewitsch, *op. cit.* p. 108.

²⁹ P.J. Stutchka, *La Teoría del Estado de los Proletarios y los Campesinos y su Constitución*, 5.ª ed., Moscú 1926 (en ruso), citado por Mirkin-Getzewitsch, *op. cit.*, pp. 70ss.

³⁰ Mirkin-Getzewitsch, *op. cit.*, p. 107.

³¹ Malitzky, *op. cit.* Tiene que admitirse, sin embargo, que este principio se encuentra también en Aristóteles, *Ethics*, 1.138 a: «[La ley] prohíbe todo lo que no concede.»

Finalmente, los ataques comunistas incidieron en el propio concepto de ley. En 1927, el presidente del Tribunal Supremo soviético, en un manual oficial de derecho privado, decía: «El comunismo no significa la victoria de la ley socialista, sino la victoria del socialismo sobre la ley, pues, al abolirse las clases con intereses antagónicos, la ley desaparece igualmente»³².

Las razones por las que el proceso evolutivo soviético alcanzó este grado de desarrollo fueron expuestas con más claridad por el teórico del derecho E. Pashukanis, cuya obra durante cierto tiempo atrajo mucho la atención dentro y fuera de Rusia, aunque posteriormente cayó en desgracia y desapareció de la circulación³³. Pashukanis escribió: «A la dirección técnico-administrativa, siempre de acuerdo con el preestablecido plan general económico, corresponde ordenar, en un sentido tecnológicamente determinado, la configuración de programas para la producción y la distribución. La victoria gradual de esta tendencia significa la paulatina extinción de la ley como tal»³⁴. Para abreviar: «Como en una comunidad socialista no hay posibilidad de relaciones privadas autónomas, sino que solamente existen las reguladas de acuerdo con el interés de la comunidad, toda la ley se transforma en administración, todas las reglas en consideraciones discrecionales sobre la utilidad»³⁵.

³² Citado por V. Gsovsky, *Soviet Civil Law*, Ann Arbor 1948, I, p. 170, de P.J. Stutchka, *Enciclopedia del Estado y del Derecho*, Moscú 1925-27 (en ruso), p. 1.593.

³³ Sobre la suerte que corrió Pashukanis, Roscoe Pound, *Administrative Law*, University of Pittsburg Press, 1942, p. 127, observa: «El profesor ya no está con nosotros. Al iniciar el actual gobierno ruso una nueva etapa política, se exigió un cambio de doctrina, en cuya dirección las enseñanzas de Pashukanis no se movieron lo suficientemente rápidas para adaptarse a las exigencias del nuevo orden. De haber imperado la ley en vez de las órdenes administrativas, le hubiese sido posible perder el empleo conservando su vida.»

³⁴ E.B. Pashukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (traducido de la segunda edición rusa, Moscú 1927), Berlín 1929, p. 117. Una traducción inglesa de esta y de la última obra de Pashukanis ha sido publicada en *Soviet Legal Philosophy*, traducción de H.W. Babb, introducción de N. Hazard, Harvard University Press, 1951. Véase H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Nueva York y Londres 1955; R. Schlesinger, *Soviet Legal Theory*, 2.ª ed., Londres 1951, y S. Dobrin, «Soviet Jurisprudence and Socialism», *Law Quarterly Review*, LII, 1936.

³⁵ El resumen de los argumentos de Pashukanis está tomado de W. Friedmann, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, Londres 1951, p. 154.

5. Los abogados socialistas de Gran Bretaña

En Gran Bretaña los procesos evolutivos fuera del imperio de la ley se iniciaron tempranamente, pero durante largo tiempo quedaron confinados a la esfera de la práctica y recibieron poca atención teórica. Aunque en 1915 Dicey hizo observar que «la veneración antigua por el imperio de la ley ha sufrido en Inglaterra, durante los últimos treinta años, marcada decadencia»³⁶, la creciente infracción del principio despertó poco interés. En 1929 el presidente del Tribunal Supremo, Hewart, en una obra titulada *The New Despotism*³⁷, había señalado lo poco que el panorama jurídico de su tiempo estaba de acuerdo con el imperio de la ley, logrando un *succès de scandale*; sin embargo, obtuvo poco éxito en lo tocante a modificar la complaciente creencia de que las libertades de los ingleses estaban debidamente protegidas por dicha tradición. La obra fue tratada como un mero libelo reaccionario y se hace difícil entender el rencor con que la recibió la crítica³⁸, siendo así que un cuarto de siglo más tarde no solamente órganos liberales como *The Economist*³⁹, sino también autores socialistas⁴⁰, comenzaron a hablar de dicho peligro utilizando los mismos términos. El trabajo de Hewart tuvo como consecuencia la creación de un organismo oficial denominado *Committee on Ministers' Powers*, cuyo informe⁴¹, a la vez que

³⁶ Dicey, *Constitution*, 8.^a ed., p. 38.

³⁷ Lord Hewart, *The New Despotism*, Londres 1929.

³⁸ Característica de este enfoque y de esa bien justificada advertencia, hecha incluso en Estados Unidos, es el siguiente comentario del profesor Felix Frankfurter (hoy magistrado del Tribunal Supremo), publicada en 1938: «Ya en 1929, Lord Hewart intentó reanimar la vida de las moribundas quimeras de Dicey dotándoles de la mayor alarma. Desgraciadamente, el elocuente periodismo de aquel libro llevaba el *imprimatur* del presidente del Tribunal Supremo. Sus extravagantes acusaciones exigían apoyo autorizado y lo obtuvieron.» «Current Developments in Administrative Law», *Yale Law Journal*, XLVII, 1938, introducción.

³⁹ *The Economist*, 19 junio, Londres 1954, p. 952: «el 'nuevo despotismo', para abreviar, no es una exageración; es realidad. Es un despotismo que se practica por los más concienzudos, incorruptibles y *habildosos* tiranos que el mundo haya visto jamás.»

⁴⁰ R.H.S. Crossman, *Socialism and the New Despotism* («Propaganda Fabiana», núm. 298), Londres 1956.

⁴¹ «Committee on Ministers' Powers», *Report* (generalmente conocido como «Donoughmore Report»), Londres Stationary Office, 1932 (md. 4.060). Véase también *Memoranda Submitted by Government Departments in Reply to Questionnaire of November*

confirmaba en tono moderado las doctrinas de Dicey, tendía, en suma, a minimizar los peligros. El principal efecto del informe en cuestión consistió en articular la oposición al imperio de la ley y provocar una abundante literatura opuesta a dicho ideal, que desde entonces ha sido aceptada por muchos además de los socialistas.

Tal movimiento fue dirigido por un grupo⁴² de abogados socialistas y científicos políticos, reunidos en torno al profesor H.J. Laski. El ataque lo dirigió el doctor Jennings, luego Sir Ivor Jennings, mediante el análisis del *Report* y de los *Documents* en que dicho informe se basaba⁴³. Aceptando enteramente la doctrina positivista en boga, argumentó que «el concepto de imperio de la ley, en el sentido utilizado en el mencionado informe, es decir, con el sentido de igualdad ante la ley, la ley general del país, administrada por tribunales ordinarios..., tomado literalmente, no es otra cosa que un desatino»⁴⁴. Tal regla de derecho —arguyó— «o es común a todas las naciones o no existe»⁴⁵. Aunque Jennings tenía que conceder que «la fijeza y certeza de la ley... han sido parte de la tradición inglesa durante siglos», lo hizo únicamente con evidente intolerancia, motivada por el hecho de que dicha tradición se rompiera tan sólo «de mala gana»⁴⁶. Para la creencia, compartida por «la mayoría de los miembros del Comité y la mayoría de los testigos, de que existe una clara distinción entre la función del juez y la función del administrador»⁴⁷, el Dr. Jennings únicamente tuvo desprecio.

Posteriormente, el Dr. Jennings divulgó dichos puntos de vista en un libro de texto ampliamente utilizado, en el que expresamente negó que «el imperio de la ley y los poderes discrecionales

1929 and Minutes of Evidente Taken before the Committee on Ministers Powers, Londres Stationary Office, 1932.

⁴² Para la descripción de H.J. Laski, I. Jennings, W.A. Robson y H. Finer como miembros del mismo grupo, véase I. Jennings, «Administrative Law and Administrative Jurisdiction», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 3.^a ed., xx, 1938, p. 103.

⁴³ Ivor Jennings, «The Report on Ministers' Powers», *Public Administration*, X, 1932, y XI, 1933.

⁴⁴ *Op. cit.*, X, p. 342.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 343.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 345.

⁴⁷ *Ibid.*

sean contradictorios»⁴⁸ o que exista ninguna oposición «entre las leyes y los poderes administrativos»⁴⁹. El principio, que Dicey interpretó en el sentido de que las autoridades no debían tener poderes discrecionales amplios, era «una regla de acción para los *whigs* que podía ser ignorada por los demás»⁵⁰. Jennings reconoció que aunque «a un jurisconsulto constitucional de 1870 o incluso de 1880 pudiera parecerle que la Constitución británica se basaba esencialmente en el principio individualista del imperio de la ley y que el Estado británico era el *Rechtsstaat* de las teorías políticas y jurídicas individualistas»⁵¹, para él lo anterior significaba meramente que «la Constitución miraba con desagrado la facultad discrecional a menos que fuera usada por jueces. Cuando Dicey afirmó que los ingleses están gobernados por la ley y solamente por la ley quería decir que los ingleses estaban gobernados por los jueces y solamente por los jueces. Ello hubiera sido una exageración, pero a fin de cuentas era individualismo del bueno»⁵². No advirtió el autor que, sólo por haber existido un ideal de libertad bajo la ley, únicamente expertos legales y no otros —entre los que precisamente hay que incluir funcionarios preocupados por cometidos específicos— podían recurrir a la coacción.

Debe añadirse que posteriores experiencias parecen haber llevado a Sir Ivor a modificar considerablemente sus puntos de vista. Sir Ivor comienza y concluye una obra reciente y popular⁵³ con párrafos de alabanza al imperio de la ley e incluso ofrece una pintura, en cierta manera idealizada, del grado en que dicha regla prevaleció en Gran Bretaña. Pero este cambio de opinión no llegó a tiempo para impedir que sus ataques logaran un considerable efecto. Por ejemplo, en una obra popular titulada *Vocabulary of Politics*⁵⁴, que apareció en la misma serie editorial un año antes de que lo hiciese el mencionado libro, encontramos el siguiente argumento: «Es, por tanto, extraño que deba prevalecer el punto de

⁴⁸ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 1933, 4.ª ed., Londres 1952, p. 54.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 291.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 292.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 294.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Sir Ivor Jennings, *The Queen's Government*, «Pelican Books», Londres 1954.

⁵⁴ T.D. Weldon, *The Vocabulary of Politics*, «Pelican Books», Londres 1953.

vista de que el imperio de la ley supone algo que unos pueblos tienen y otros no, al igual que ocurre con los vehículos automóviles y los teléfonos. ¿Qué significa, por tanto, carecer del imperio de la ley? ¿Significa no tener ley en absoluto?» Me temo que este interrogante simbolice la postura de la mayoría de las generaciones más jóvenes, que han crecido bajo la influencia exclusiva de la enseñanza positivista.

En orden a los estudios relativos al imperio de la ley, tuvo también trascendencia suma y singular influencia un tratado de derecho administrativo ampliamente utilizado, escrito por otro miembro del mismo grupo, el profesor W.A. Robson. Los razonamientos empleados combinan un celo digno de elogio en cuanto atañe a la sistematización del control de la acción administrativa con una interpretación de la labor a realizar por los correspondientes tribunales que, de seguirse, los invalidaría en su calidad de amparadores de la libertad individual. Robson apunta de un modo explícito a acelerar «la ruptura con ese imperio de la ley que el difunto profesor A.V. Dicey reputaba rasgo característico del sistema constitucional inglés»⁵⁵. Los razonamientos se inician con un ataque contra la «legendaria separación de poderes», «vieja y destartada carroza»⁵⁶. Todo lo relativo a la distinción entre ley y política es, en opinión de Robson, «enteramente falso»⁵⁷, y el supuesto de que los magistrados, desentendiéndose de los objetivos que persigue el poder público, tan sólo deben administrar justicia, es para él objeto de mofa. Incluso señala como una de las más destacadas ventajas de la jurisdicción administrativa el que pueda imponer determinada política, sin las ataduras del imperio de la ley y los precedentes judiciales... De cuantas facultades caracterizan y acompañan a dicha jurisdicción, ninguna tan importante como aquella que, si adecuadamente se pone al servicio del bien público, permite a los tribunales resolver los casos sujetos a su examen abonado por determinada política social, acomodando sus fallos a las exigencias de tal política⁵⁸. Pocos planteamientos de

⁵⁵ W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, 3.^a ed., Londres 1951, p. 11.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 433.

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 572-73.

este problema muestran tan claramente hasta qué extremo son «reaccionarias» muchas de las «progresistas» ideas de nuestro tiempo. No resulta, por tanto, demasiado sorprendente que puntos de vista como los del profesor Robson hayan encontrado el rápido favor de los conservadores y que un reciente folleto publicado por el partido conservador, a propósito del imperio de la ley, se haga eco de las doctrinas de Robson ensalzando a los tribunales administrativos por el hecho de que «la flexibilidad y falta de limitación por reglas jurídicas o de procedimiento se haya traducido en una ayuda real al gobierno a la hora de ejecutar su política»⁵⁹. Esta aceptación de la doctrina socialista por los conservadores es quizá el hecho más alarmante de nuestro tiempo, y ha ido tan lejos, que pudo afirmarse lo siguiente a propósito de una recopilación de comentarios conservadores sobre *La libertad en el Estado moderno*⁶⁰: «Nos hemos alejado tanto de aquella concepción del ciudadano inglés protegido por tribunales contra la opresión de los gobernantes y sus funcionarios, que ni uno solo de los colaboradores (de la recopilación) considera hoy posible volver a aquel ideal del siglo XIX»⁶¹.

Las declaraciones indiscretas de algunos de los menos conocidos miembros del grupo de abogados socialistas a que antes aludíamos demuestran a dónde conducen esos puntos de vista. Uno de ellos inicia un ensayo sobre *The Planned State and the Rule of Law* haciendo una «reelaboración definitoria»⁶² de dicho imperio legal y que concreta el autor con menosprecio: «es lo que cualquier asamblea parlamentaria, como supremo legislador, tenga a bien establecer»⁶³. Tal definición permite a este crítico «declarar con confianza» que «la incompatibilidad entre planificación e imperio

⁵⁹ *Rule of Law: A Study by Inns of Courts Conservative and Unionist Society*, Londres, Conservative Political Center, 1955, p. 30.

⁶⁰ *Liberty in the Modern State*, Conservative Political Center, Londres 1957.

⁶¹ *The Time Literary Supplement*, Londres, 1 de marzo de 1951. A este respecto, algunos socialistas demuestran mayor preocupación de la que es perceptible en la actitud oficial conservadora. Mr. R.H. Crossman, en el folleto arriba citado, nota 40, p. 19, orienta sus miras hacia el próximo paso, consistente en «reformar el poder judicial, a fin de que ejercite de nuevo la tradicional función protectora de los derechos individuales contra cualquier ataque que se les infiera.»

⁶² W. Friedman, *The Planned State and the Rule of Law*, Melbourne 1948, reimpresso en *Law and Social Change in Britain*, Londres 1951.

⁶³ *Op. cit.*, p. 284.

de la ley [sugerida primeramente por autores socialistas] es un mito que sólo el prejuicio y la ignorancia aceptan»⁶⁴. Otro miembro del mismo grupo se pregunta si, en el caso de que Hitler hubiese alcanzado el poder de una manera constitucional, habría prevalecido el imperio de la ley en la Alemania nazi. «La respuesta es afirmativa. La mayoría hubiera tenido razón: el gobierno de la ley opera *cuando* la mayoría le da fuerza con sus *votos*. Cabría motejar a la mayoría de imprudente e incluso de perversa, pero el imperio de la ley prevalecería. En una democracia, en definitiva, es justo lo que la mayoría considera justo»⁶⁵. He aquí la más fatal confusión de nuestro tiempo expresada en términos bien categóricos.

Se comprende, por tanto, que bajo la influencia de tales concepciones se haya registrado en Gran Bretaña, durante las dos o tres últimas décadas, un auge rápido y muy imperfectamente controlado de las facultades reconocidas a los órganos de la administración sobre la vida y la hacienda de los ciudadanos⁶⁶. La nueva legislación social y económica ha conferido a dichos organismos poderes discrecionales cada vez mayores, e instaurado tan sólo, en cambio, remedios circunstanciales notoriamente ineficaces, dificultando la apelación a través de una confusa intervención de comités

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 310. Resulta curioso que los argumentos sobre la incompatibilidad del imperio de la ley y el socialismo, mantenidos largo tiempo por los autores socialistas, levantasen tanta indignación entre los mismos cuando se esgrimieron en contra de su ideario. Mucho antes de que yo subrayase este punto en *The Road to Serfdom*, Mannheim, *Man and Society in an Age of Reconstruction*, Londres 1940, p. 180, puso punto final en su análisis sobre esta materia mediante la conclusión siguiente: «Los recientes estudios acerca de la sociología del derecho confirman una vez más que el principio fundamental de las normas procesales por las que en cada caso debe juzgarse de acuerdo con preceptos generales racionales que entrañen el menor número posible de excepciones y se basen en presunciones lógicas, prevalece únicamente en la fase liberal competitiva del capitalismo.» Véase también F. Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, Glencoe, III, 1957, p. 50, y M. Horkheimer, «Bemerkungen zur philosophischen Anthropologie», *Zeitschrift für Sozialforschung*, IV, 1934, especialmente p. 14: «La base económica del significado de los convenios pierde importancia de día en día por cuanto la vida económica, en medida creciente, no se caracteriza por el contrato, sino por el mandato y la obediencia.»

⁶⁵ H. Finer, *The Road to Reaction*, Boston 1945, p. 60.

⁶⁶ Véase W.S. Churchill, «The Conservative Case for a New Parliament», *Listener*, 19 de febrero de 1948, p. 302: «Se me ha asegurado que trescientos funcionarios están facultados para establecer reglamentaciones con independencia total del Parlamento y capacitados para imponer penas de prisión por delitos que la ley, hasta ahora, desconocía.»

judiciales. En determinados casos extremos los organismos administrativos en cuestión se hallan facultados para declarar «los principios generales» a cuya luz han de valorarse las expropiaciones⁶⁷; y así el poder ejecutivo actúa sin que norma alguna le modere⁶⁸. Sólo últimamente, y como consecuencia de un caso flagrante de despótica actuación por parte de los funcionarios, los persistentes esfuerzos de un hombre rico y lleno de celo público⁶⁹ han logrado llamar la atención general sobre tales procesos y extender la inquietud sentida por unos pocos observadores bien informados a círculos cada vez más amplios, con lo que han aparecido las primeras señales de una reacción a la que nos referiremos más tarde.

6. El proceso evolutivo norteamericano

Es más bien sorprendente comprobar que, en muchos aspectos, los procesos evolutivos norteamericanos hayan ido casi tan lejos en la dirección que acabamos de señalar. De hecho, en Estados Unidos, las tendencias modernas de la teoría jurídica y las concepciones

⁶⁷ La *Town and Country Planning Act*, 1947, sec. 70, subsec. (3), estipula que «las reglamentaciones establecidas en virtud de la ley, con el consentimiento del Tesoro, pueden establecer los principios generales a seguir por la comisión para determinar... si hay que abonar gabelas en concepto de desarrollo y cuál ha de ser su cuantía.» De acuerdo con lo anterior, el ministro de Planificación Urbana y Rural fue capaz de promulgar, inesperadamente, una reglamentación que señalaba que las cargas fiscales por aquel concepto «no serían inferiores», normalmente, al valor total adicional del suelo en el caso de concederse el permiso para su utilización privada.

⁶⁸ «Central Land Board», *Practice Notes (First Series) Being Notes on Development Charges under the Town and Country Planning Act*, 1947, Londres, Stationary Office, 1949. En el prefacio se explica que las notas «pretenden describir principios y reglas que el solicitante puede confiadamente presumir aplicables a su caso, salvo que sea capaz de aducir sólidas razones a favor de un tratamiento distinto o que la Comisión le informe que, por especiales motivos, las reglas normales no se aplican.» Más adelante se explica que «una norma particular puede variarse siempre que no se adapte a un caso concreto», y que la Comisión «no duda que de tiempo en tiempo habremos de variar nuestra política». Para más amplio examen de esta medida, véase el cap. XXII, sec. 6.

⁶⁹ Véase el informe oficial: *Public Inquiry ordered by the Minister of Agriculture into the Disposal of Land at Crichel Down*, Londres, H.M. Stationary Office, 1954 (Cmd. 9.17G), y véase también el menos conocido pero casi igualmente instructivo caso de *Odhum vs. Stratton*, fallado por el juez Atkinson en la King's Bench Division, cuya transcripción literal ha sido editada por *Wiltshire Gazette*, Devizes 1946.

sobre «el experto funcionario» carente de conocimientos jurídicos han tenido mayor influencia que en Gran Bretaña, y puede decirse que los juristas socialistas ingleses antes aludidos se han inspirado más a menudo en la filosofía del derecho americana que en la inglesa. Las circunstancias que han provocado tal estado de cosas no han sido debidamente estudiadas en Norteamérica y merecen mayor atención.

Los Estados Unidos han sido prácticamente el único país influido por la nueva orientación ideológica procedente del continente europeo y que muy pronto cristalizó en lo que se denominó, con claro significado, «movimiento en pro de la Administración Pública». Esta tendencia desempeñó un papel en cierta manera similar al del movimiento fabiano en Gran Bretaña⁷⁰ y al de los «socialistas de cátedra» en Alemania. Pretendían tales grupos, proclamando la necesidad de limpiar la administración, atraer al empresariado y con su apoyo conseguir objetivos típicamente socialistas. Los miembros de este movimiento, generalmente con la simpatía de los «progresistas», lanzaron sus más violentos ataques contra las garantías tradicionales de la libertad individual, o sea, contra el imperio de la ley, las limitaciones constitucionales, el derecho de revisión judicial y el concepto de «leyes fundamentales». Caracterizó a estos «expertos administrativos» su profunda animadversión contra el derecho y la teoría económica, haciendo gala además, en general, de su inconmensurable ignorancia de tales disciplinas⁷¹. En sus esfuerzos por crear una «ciencia» de la administración, se guiaban por un concepto de los procedimientos «científicos» que podemos calificar de ingenuo, al propio tiempo que no ocultaban su total desprecio a la tradición y su adhesión a los principios que caracterizan al racionalismo extremista. Fueron ellos quienes popularizaron hasta el máximo la idea de que «el amor a la libertad por la libertad misma es una noción que notoriamente carece de sentido. La libertad ha de servir para hacer o dis-

⁷⁰ Véase Dwight Waldo, *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, Nueva York 1948, p. 70, nota 13; véase también pp. 5, 15 y 40 de la misma obra.

⁷¹ Véase *ibid.*, p. 79: «¡Si alguien va a pesar menos que nada en el Nuevo Orden, es el jurisconsulto!»

frutar algo. Cuantos más ciudadanos compren automóviles y gocen de vacaciones, más libertad habrá»⁷².

A sus esfuerzos se debió principalmente el que las concepciones europeas de los poderes administrativos se introdujeran en los Estados Unidos antes que en Inglaterra. Así, ya en 1921, uno de los más distinguidos estudiosos americanos de la jurisprudencia pudo hablar de «una tendencia a escapar de los tribunales y del derecho y a revertir a la justicia sin ley en forma de revitalización del ejecutivo e incluso a la justicia legislativa y a la confianza en los poderes arbitrarios gubernamentales»⁷³. Pocos años más tarde, una obra de tipo general sobre derecho administrativo presentó como teoría corriente que «cada funcionario posee una cierta área de jurisdicción que le marca la ley. Dentro de los límites de tal ámbito puede actuar libremente de acuerdo con su personal discreción y los tribunales habrán de respetar sus definitivas resoluciones sin inquirir acerca de su equidad. Ahora bien, si el funcionario en cuestión sobrepasa aquellos límites, el tribunal intervendrá. De esta manera, el derecho de revisión judicial de los actos de los funcionarios se convierte simplemente en una rama de la ley *ultra vires*. La única cuestión que ha de decidirse ante los tribunales no afecta al poder discrecional de los funcionarios en la esfera de su competencia»⁷⁴.

De hecho, la reacción contra la tradición de estricto control de los tribunales, tanto sobre la acción administrativa como sobre la legislativa, se había iniciado antes de la Primera Guerra Mundial. Como aplicación práctica en el campo político de tal ideario, el senador La Follete, en 1924, durante su campaña para la Presidencia de la República, por primera vez llamó especialmente la atención sobre la conveniencia en reprimir el poder de los tribunales⁷⁵. A esta tradición

⁷² *Ibid.*, p. 73.

⁷³ Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Nueva York 1921, p. 72; véase también C.H. McIlwain, *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press, 1939, p. 261: «Lenta pero seguramente nos encaminamos hacia el Estado totalitario y, por extraño que parezca, muchos, si no la mayoría de los idealistas, se muestran interesados en ello o no les preocupa.»

⁷⁴ J. Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, Harvard University Press, 1927, p. 21.

⁷⁵ Véase *The Political Philosophy of Robert M. La Follette*, ed. E. Torelli, Nueva York 1920.

establecida por el senador se debe que en los Estados Unidos, más que en otros lugares, los progresistas hayan llegado a ser los principales partidarios de reforzar el poder discrecional de los órganos de la administración. Al final del periodo que se extiende entre 1930 y 1939, tal propensión de los progresistas americanos había adquirido tanta fuerza, que incluso los socialistas europeos, «cuando por primera vez se enfrentaron con la disputa entre liberales y conservadores americanos a propósito de las cuestiones que plantea la ley y la discrecionalidad administrativas», se manifestaron inclinados, en principio, «a advertirles de los peligros inherentes al aumento de la discrecionalidad administrativa y a prevenirles que ellos (es decir, los socialistas europeos) podrían respaldar la posición de los conservadores americanos»⁷⁶. Ahora bien, pronto modificaron su criterio al apreciar de qué manera la actitud de los progresistas facilitaba, suave e inadvertidamente, el deslizamiento del sistema americano hacia el socialismo.

El conflicto a que nos referimos más arriba alcanzó su punto culminante durante la época de Roosevelt, si bien no cabe olvidar que las tendencias intelectuales de la década precedente habían preparado adecuadamente el camino. Durante el periodo que se extiende entre los años veinte y los primeros de los treinta se registró una auténtica inundación de literatura antiimperio de la ley, circunstancia que influyó considerablemente en el mencionado proceso. Tan sólo aludiremos aquí a dos ejemplos típicos. Entre quienes impulsaron la gran ofensiva contra la tradición americana del «gobierno de las leyes y no de los hombres» sobresale, por su actividad y eficacia, el profesor Charles G. Haines, puesto que no sólo motejó el ideal tradicional de pura fantasmagoría⁷⁷, sino que mantuvo seriamente que «el pueblo americano debería designar a sus gobernantes ateniéndose a la teoría de la confianza en los hombres que se ocupan de los negocios públicos»⁷⁸. Para comprender

⁷⁶ A.H. Pekelis, *Law and Social Action*, Ithaca y Nueva York 1950, p. 88; véase también H. Kelsen, «Foundations of Democracy», *Ethics*, LXVI, 1953, suplemento, especialmente pp. 77ss.

⁷⁷ G. Haines, *A Government of Law or a Government of Men*, University of California Press, 1929, p. 37.

⁷⁸ Haines, *op. cit.*, p. 18.

cuán profundamente este criterio se enfrenta de modo violento con la concepción básica de la Constitución americana, es suficiente recordar las palabras de Jefferson cuando afirmaba que «el gobierno libre se basa en la desconfianza; es ésta, y no la confianza, la que engendra constituciones que sujetan a quienes nos vemos en el caso de confiar el poder... Nuestra Constitución, en su consecuencia, nos advierte concretamente cuál es el límite de confianza que no se debe sobrepasar. Cuando se confiere poder político hay que olvidarse de la confianza e impedir que quien lo ostenta actúe dolosamente, sujetándole, al efecto, mediante las cadenas de la Constitución»⁷⁹.

La obra del juez Jerome Frank denominada *Law and the Modern Mind* refleja las tendencias que venimos examinando. Cuando se publicó, en 1930, registró un éxito que el lector de hoy no puede comprender fácilmente. *Law and the Modern Mind* constituye un violento ataque contra la idea de la invariabilidad de la ley, que el autor ridiculiza como si el hombre fuera un niño «que busca la autoridad paterna»⁸⁰. La obra de Frank, pretendiendo ampararse en la teoría psicoanalítica, quiso justificar el desprecio que por las normas tradicionales sentía una generación opuesta a cualquier limitación que pudiera impedir la libre actuación colectiva. Quienes comulgaban con este ideario se convirtieron fácilmente en dóciles instrumentos de la política paternalista del *New Deal*.

Hacia el final de los años treinta se registró una creciente inquietud derivada del constante desarrollo del nuevo ideario y que condujo a designar un comité de investigación —el *U. S. Attorney General's Committee on Administrative Procedure*—, que actuó de forma análoga a como lo había hecho una década antes el *Committee on Minister's Powers* creado en Gran Bretaña y aludido más arriba. El comité americano, en el informe que patrocinara la

⁷⁹ Thomas Jefferson, Borrador de la resolución de Kentucky de 1789 en E.D. Warfield, *The Kentucky Resolution of 1789*, 2.ª ed., Nueva York 1894, pp. 157-58.

⁸⁰ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Nueva York 1930. Más de un cuarto de siglo después de la publicación de esta obra, Thurman Arnold, *The University of Chicago Law Review*, XXIV, 1957, p. 634, pudo afirmar que «más que ninguna otra despejó el ambiente haciendo posible que se formularan nuevas ideas y doctrinas acerca de la naturaleza de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos».

mayoría de sus componentes⁸¹, insistió más que el británico en la inevitabilidad de unos acontecimientos que, por otro lado, reputaba inofensivos. El tono general del mencionado informe lo destaca el Presidente Roscoe Pound cuando escribe: «Aunque sin pretenderlo, la mayoría parte del supuesto de que los órganos de la administración han de hallarse investidos de poderes omnímodos, concepto coincidente con el absolutismo que hoy está apoderándose del mundo. Ideas que proclaman el ocaso de la ley; la aparición de una sociedad sin leyes, o, mejor dicho, con una sola ley, la de que en lugar de leyes se aplicarán sólo órdenes administrativas; doctrinas que arguyen que el derecho es una pura entelequia y que la ley constituye simplemente la amenaza de que el Estado puede acudir al empleo de la fuerza; teorías con arreglo a las que las reglas y los principios generales son meras supersticiones y pías aspiraciones; enseñanzas que sostienen que la división de poderes no es otra cosa que una fórmula de pensamiento periclitada, producto de la mentalidad del siglo XVIII; prédicas que arguyen que la doctrina del derecho común en orden a la supremacía de la ley está ya anticuada, imperando en cambio una a manera de ley pública que cabría denominar 'la ley de la subordinación' por cuanto subordina el interés del individuo al del funcionario y permite a éste identificar con el interés público su propio criterio tantas veces como discrepa de aquél, que otorga al punto de vista del funcionario público máximo valor, menospreciando todos los demás aspectos; he aquí, en fin, una teoría que asevera que ley es toda disposición adoptada oficialmente, de tal suerte que cualquier cosa que oficialmente se lleva a cabo se convierte en ley, cuyo mandato queda por encima de la más leve crítica por parte de los jurisperitos. Tal es el marco dentro del cual han de examinarse las conclusiones de la mayoría que ha autorizado el informe en cuestión»⁸².

⁸¹ Véase *U.S. Attorney General's Committee on Administrative Procedure Report*, Washington, Government Printing Office, 1941.

⁸² Roscoe Pound, «Administrative Procedure Legislation. For the Minority Report», *American Bar Association Journal*, XXVI, 1941, p. 664. Sobre la postura actual, véase B. Schwartz, «Administrative Procedure and its Place in the Legal Order», *New York University Law Review*, XXX, 1955, y W. Gellhorn, *Individual Freedom and Government Restraints*, Louisiana State University Press, 1956, especialmente la observación de la p. 18: «Algunos de los antiguos defensores de la jurisdicción administrativa (incluyendo al

7. Síntomas del revivir de la ley

Afortunadamente, aparecen en numerosos países claros indicios de haberse iniciado una franca reacción contra el pensamiento elaborado por las dos últimas generaciones. Entre quienes más vehementemente han impulsado la nueva tendencia aparecen aquellos estudiosos que, por haber vivido la experiencia de los regímenes totalitarios, han advertido con mayor agudeza el peligro que encierra no limitar la actuación de los poderes públicos. Incluso entre aquellos teóricos del socialismo que no hace demasiados años calificaban de ridícula la preocupación por el mantenimiento de las habituales medidas protectoras de la libertad individual surgen figuras que opinan todo lo contrario. Pocos han expresado tan claramente este cambio de actitud como Gustav Radbruch, distinguido decano de la filosofía jurídica socialista, quien en una de sus últimas obras aseguró: «Si bien la democracia tiene indudable valor, el *Rechtsstaat* es como el pan de cada día, el agua que bebemos y el aire que respiramos; y el mayor mérito de la democracia estriba en que sólo ella permite mantener el *Rechtsstaat*»⁸³. Resulta, sin embargo, aventurado suponer que la democracia conduce al Estado de Derecho, a la vista de los acontecimientos que el propio Radbruch relata. Más cierto sería afirmar que la democracia sólo si mantiene el imperio de la ley puede pervivir. El notorio progreso que el principio de revisión judicial registró en Alemania después de la guerra y el

autor) se percatan ahora de que, donde vieron principalmente peligros imaginarios, existen peligros reales y estremecedores.»

⁸³ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., ed. E. Wolf, Stuttgart 1950, p. 357. Véanse también los significativos comentarios de esta obra sobre el papel desempeñado por el positivismo jurídico en la destrucción de la fe en el *Rechtsstaat*, especialmente p. 335: «Esta concepción de la ley y de su validez (que nosotros denominamos positivista) ha dejado inermes tanto a los juristas como al pueblo frente a las leyes, por más caprichosas, crueles y criminales que sean. En último extremo, equipara al poder con el derecho; sólo hay derecho donde hay poder»; y en la página 352: «De hecho, con su afirmación de que 'la ley es la ley' el positivismo ha dejado indefensos a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y criminal. El positivismo no tiene siquiera capacidad para fundamentar, por sí y desde sí mismo, la vigencia de las leyes. Cree haber demostrado esta vigencia por la simple razón de que tales leyes tienen poder para imponerse.» Por tanto, E. Brunner, *Justice and Social Order*, Nueva York 1945, no adopta una actitud exagerada cuando mantiene que «el Estado totalitario es pura y simplemente el positivismo jurídico llevado a la esfera política.»

renacido interés por las teorías del derecho natural que en dicho país se deja también sentir, constituyen claros indicios del fortalecimiento de las mencionadas tendencias⁸⁴. En otros países del continente florecen movimientos similares. En Francia, Ripert ha aportado una contribución significativa con el estudio titulado «La decadencia del derecho», donde, con pleno acierto, concluye que «por encima de todo debemos censurar a los cultivadores de la ciencia jurídica en razón a que durante medio siglo debilitaron la concepción de los derechos individuales, sin darse cuenta de que entregaban tales derechos a la omnipotencia del poder público. Algunos de estos jurisperitos sólo querían presumir de progresistas, mientras otros pensaban que habían redescubierto la doctrina tradicional que el individualismo liberal del siglo XIX había olvidado. Con harta frecuencia ocurre que los estudiosos padecen una miopía que les impide advertir las consecuencias prácticas que otros deducirán de sus desinteresadas doctrinas»⁸⁵.

En Gran Bretaña no han faltado tampoco voces similares que anunciaran aquellos peligros⁸⁶, y una primera consecuencia de la creciente inquietud ha sido volver a propugnar —lo que ya ha consagrado la legislación— que sean los tribunales ordinarios los que digan la última palabra en las discrepancias que se suscitan en el ámbito de la administración. En reciente informe oficial acerca de métodos de apelación distintos de los utilizados ante los tribunales ordinarios aparecen datos que inducen al optimismo⁸⁷.

El comité que ha emitido el mencionado informe, no solamente sugiere la manera de eliminar las numerosas anomalías y defectos

⁸⁴ Véase G. Dietze, «America and Europa – Decline and Emergence of Judicial Review», *Virginia Law Review*, XLIV, 1958, y respecto al resurgimiento del derecho natural, H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín 1950; H. Mitteis, *Über das Naturrecht*, Berlín 1948, y K. Ritter, *Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, Witten-Ruhr, 1956.

⁸⁵ G. Ripert, *Le Déclin du Droit*, París 1949. Véase también P. Roubier, *Théorie général du Droit*, París 1950, y L. Rougier, *La France à la recherche d'une constitution*, París 1952.

⁸⁶ Véase C.K. Allen, *Law and Orders*, 1945; G.W. Keeton, *The Passing of Parliament*, Londres 1952; C.J. Hamson, *Executive Discretion and Judicial Control*, Londres 1954, y Lord Radcliffe, *Law and the Democratic State*, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1955.

⁸⁷ *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*, «Franks Committee», Londres, H.M. Stationary Office, 1957, 218, parágrafo 37.

del actual sistema, sino que reafirma con todo acierto la diferencia básica entre «lo judicial, cuya antítesis es lo administrativo, y la noción de lo que está de acuerdo con el imperio de la ley, cuya antítesis es la arbitrariedad». Asimismo el informe declara: «El imperio de la ley exige que las decisiones se hagan de acuerdo con principios o leyes conocidos. En general, es fácil adivinar cuál sea el alcance de aquellas decisiones, con lo que el ciudadano sabe perfectamente a qué atenerse»⁸⁸. Ahora bien, todavía queda en Inglaterra un «considerable campo de acción administrativa para el que no se ha previsto tribunal especial o sistema de censura»⁸⁹ (problemas no abordados en el informe de referencia), ámbito en el que perduran las condiciones insatisfactorias de siempre, continuando, de hecho, el ciudadano todavía a merced de las decisiones arbitrarias de la administración. Si en verdad se desea que el proceso de erosión del imperio de la ley no prosiga, es ineludible que, sin nuevas demoras, se erija un tribunal independiente al que se pueda recurrir en todos estos casos, como se ha propuesto desde distintos sectores⁹⁰.

En la esfera internacional, por último, es oportuno no silenciar el esfuerzo que significa el «Acta de Atenas», que el Congreso de la Comisión Internacional de Juristas aprobó en su reunión de junio de 1955 y en la que se reiteró sin reservas la trascendencia del imperio del derecho⁹¹.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 28, 29.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁰ Véase el folleto conservador *Rule of Law*, mencionado en la nota 59 precedente, y W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, Londres 1951. Sobre similares recomendaciones de la «Hoover Commission» en los Estados Unidos, véase el simposium «Hoover Commission and Task Force Reports on Legal Services and Procedure», *New York University Law Review*, XXXIII, 1955.

⁹¹ La Comisión Internacional de Juristas de La Haya (ahora en Ginebra), en un congreso celebrado en Atenas en junio de 1955, aprobó la siguiente resolución, que de modo solemne declara: «1. El Estado queda sometido al derecho. 2. Los gobiernos deben respetar los derechos de los individuos bajo el imperio de la ley y adoptar medidas eficaces para su protección. 3. Los jueces se atenderán al principio del imperio de la ley, que defenderán y harán respetar sin dejarse intimidar por el temor ni seducir por el halago, resistiendo cualquier intromisión proveniente del poder público o de los partidos políticos que atente a la independencia judicial. 4. Los juristas de todo el mundo mantendrán la independencia de su profesión, defenderán los derechos de los individuos bajo el imperio de la ley y proclamarán siempre el derecho de todo acusado

Ahora bien, resultaría excesivo afirmar que la vehemente aspiración a infundir nueva vida a una vieja tradición vaya acompañada de un conocimiento exacto de los valores en juego⁹² y suponer que las gentes estarán siempre dispuestas a mantener estos principios cuando los mismos dificulten la inmediata consecución de deseados objetivos. Tales principios, que hasta hace poco nos parecían conocimientos vulgares impropios de requerir la atención del estudioso, y que incluso hoy pudieran resultar más obvios para el lego en la materia que para el jurista profesional, han sido tan olvidados, que hemos creído imprescindible detenernos en el examen de sus rasgos característicos y en la narración de su evolución histórica. Tan sólo sobre estas bases podremos acometer, en la parte siguiente de esta obra, el estudio detallado de las diferentes maneras que permiten o no conseguir —en el marco de una sociedad libre— los actuales objetivos de la política social y económica.

a un juicio imparcial.» Véase el *Report of the International Congress of Jurists*, La Haya 1956, p. 9.

⁹² No resulta exagerado que un estudioso de la jurisprudencia (J. Stone, *The Province and Function of Law*, Harvard University Press, 1950, p. 261) declare que la restauración del imperio de la ley como aquí se ha definido «requeriría la estricta revocación de las medidas legislativas que todas las asambleas democráticas creyeron esenciales a lo largo de los últimos cincuenta años». El que fueran adoptadas por asambleas democráticas no prueba, naturalmente, que fuese lo más prudente o incluso esencial recurrir a tales medidas para alcanzar el objetivo deseado, y menos todavía que no deban dejarse sin efecto si se advierte que producen consecuencias otrora no previstas e indeseables.