

RULE OF LAW A DEBATE: LASKI VS DICEY*

ANTONIO MANUEL LUQUE REINA**

Resumen: En el presente artículo se ofrece un novedoso análisis de una de las obras cumbre del constitucionalismo inglés de finales del siglo XIX y principios del XX, *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, del profesor de la Universidad de Oxford, Albert Venn Dicey. Se analiza el sistema constitucional consagrado en la misma, y el principal motivo de innovación es el hecho de que se planteen su estudio, su matización y su crítica desde dentro de la cultura constitucional anglosajona. Esta revisión será llevada a cabo siguiendo las reflexiones de Harold Laski, uno de los últimos discípulos de Dicey.

Palabras clave: Dicey, Laski, *Rule of Law*, constitucionalismo, *Responsibility of the State*.

Abstract: This article provides a new analysis of the masterpiece of English Law of the Constitution in the turn of the twentieth century, *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, by Albert Venn Dicey, Professor at the University of Oxford. It studies the constitutional system set up within the book, being the main feature of innovation the fact that the raised criticism comes from the same Anglo constitutional culture. For that purpose, the reflections of Harold Laski, one of the last disciples of Dicey, are central.

Keywords: Dicey, Laski, Rule of Law, Constitutionalism, Responsibility of the State.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA; II. LAW OF THE CONSTITUTION: UNA CONSTRUCCIÓN DICEYANA; 1. Preliminares esenciales; 2. La clave de bóveda: el Rule of Law; A. Absence of arbitrary power on part of the government; B. Igualdad de todo hombre bajo the ordinary law of the land; C. Empirismo constitucional inglés: Judge-made law; III. LA VISIÓN DE LASKI, ¿DESMONTANDO EL RULE OF LAW?; 1. Responsibility of the State: tambaleo de pilares fundamentales; 2. Dudas sobre el «gobierno de los jueces»: Nuevas evidencias de desmontaje; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Esta investigación surge de la inquietud por arrojar luz acerca de las estructuras jurídicas sobre las que se levanta el entramado del Estado en la cultura anglosajona, pero

* Fecha de recepción: 19 de octubre de 2015.

Fecha de aceptación: 4 de marzo de 2016.

** Becario FPI en el Área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla. Trabajo fin de máster bajo la dirección del Prof. Dr. Bartolomé Clavero Salvador. Correo electrónico: antonio.luque@uam.es.

también por contraste, y por ello colateralmente en la continental europea, en lo relativo a implementación de los sistemas que tienen encomendado a grandes rasgos proteger los derechos de libertad de los individuos en el último tercio del siglo XIX y el primero del XX.

Para aproximarnos a tan faraónica y a priori abstracta tarea, partimos del análisis del cohesionado, compacto y aparentemente robusto edificio constitucional inglés que nos deja el profesor de la Universidad de Oxford, Albert Venn Dicey para, a través de las críticas y revisiones que le practica su último discípulo, el profesor de la *London School of Economics* Harold Laski, asistir a una teoría constitucional más cercana a la efectiva garantía de derechos individuales de la mayoría de los ciudadanos. Los afeamientos que el discípulo acomete sobre la obra del maestro serán introducidos por medio de ejemplos concretos que Laski nos muestra en sus muchos artículos de eminente contenido reformista del orden británico.

Queda claro, por tanto, desde el comienzo que el provechoso fin de la investigación pasa irremediamente por el concienzudo estudio de la teoría constitucional británica de matriz inglesa que Dicey cuidadosamente confecciona, haciendo especial hincapié en los rasgos relativos a consagración de derechos que en la estructura podamos encontrar.

Son numerosos los autores que, tanto desde una perspectiva continental como desde el mismo sistema británico y americano, entienden superada la temática expuesta en la obra, señalando las importantes controversias que su teoría suscita, empezando por su sesgado carácter ideológico, de defensa a ultranza del imperialismo¹. Desde esta fácilmente contrastable premisa de partida, entienden la confrontación que Dicey lleva a cabo en su obra entre el *Droit Administratif* francés y la *Law of the Constitution* inglesa, ya no solo desacertada en cuanto a sus consecuencias, sino premeditadamente poco rigurosa y errónea, por lo interesado de lo anacrónico en sus fundamentos².

No obstante, y dejando parcialmente de lado el estudio de la cuestión en unos términos que se encuentran ya notablemente superados, nos encaminamos a valorar de la obra del profesor Dicey, los aspectos que en la línea de existencia de derechos constitucionales

¹ Nos referimos principalmente al reputado administrativista italiano Sabino CASSESE, que dedica un capítulo de su obra *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milán (Giuffrè Editore), 2010, a repasar la obra del profesor inglés en la línea comentada. Este capítulo fue en un primer momento incluido en la edición de 1990 de la revista *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Ha llegado a nosotros cortesía de su traductora al castellano Ana Carmona, en CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP (Derecho Global), 2014. Por otro lado, es también muy importante destacar la opinión que la construcción diceyana le merece al historiador del Derecho italiano Luca MANNORI, contenida esta de forma sucinta en su artículo «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Juridica*, n.º 15 (2007), pp. 125-146. Traducida al castellano por Alejandro Agüero y M.ª Julia Solla. En versión original en ROMANELLI, R (coord.), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bolonia (Il Mulino), 1997, pp. 39-65.

² Buena parte de la crítica en esta línea se sustenta en el hecho de que utiliza para recrear el sistema administrativo francés en 1885 principalmente textos de un joven Tocqueville de la década de los treinta, cuando el mismo Tocqueville (además de otros muchos teóricos franceses) ya habían reflexionado, alertado y en muchos casos actuado contra los cortocircuitos que Dicey señalaba, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

aparecen introducidos bajo su famoso *Rule of Law*, por entenderlos, siguiendo al profesor Clavero, como interesantes muestras de un constitucionalismo garantista y digno de tener en cuenta, con las salvedades y llamadas de atención que por medio de examen de otros puntos de su obra y de la fundamental crítica de Laski, vamos a llevar a cabo³.

En ese sentido repasaremos las que entendemos como fallas del sistema constitucional inglés desde dentro del mismo, por entenderlo más coherente y enriquecedor, residiendo en este elemento de pertenencia de la crítica a la misma estructura la principal novedad y utilidad del proyecto.

II. *LAW OF THE CONSTITUTION: UNA CONSTRUCCIÓN DICEYANA*

1. Preliminares esenciales

Hechas estas primeras advertencias estamos ya en condiciones de afrontar el primero de nuestros objetivos: el comentario con interés en garantía de derechos del entramado constitucional británico realizado por Dicey. Para ello vamos siguiendo la primera edición de su principal obra *Introduction to the Study to the Law of the Constitution*, publicada en 1885 y contenida junto con todas las mejoras introducidas en las ocho ediciones que el profesor Dicey elaboró en vida, en una magnífica edición de la Universidad de Oxford editada en 2013 por J.W.F. Allison⁴. En lo relativo al estudio de los principios sobre los que se levanta el sistema constitucional británico, no va introduciendo en las reediciones relevantes modificaciones, sino que, por el contrario, la temática más reformada es la tocante a la mencionada confrontación entre *Droit Administratif* y los *Ordinary Common Law Principles*. Si bien es verdad que es esta confrontación lo que especialmente ha llamado la atención de la obra del conservador profesor de Oxford, y que por ella acudimos a su lectura, volvemos a reseñar que nos interesa el estudio de su obra constitucional por una serie de elementos que se encuentran en ella, y que pese a estar relacionados con la temática central han permanecido menos a la vista de los numerosos teóricos que se han acercado a tomarle el pulso a la cuestión.

Lo primero que encontramos en su portentosa construcción constitucional, alabada por su consistencia y claridad por seguidores y detractores⁵, es la necesidad de diferenciar

³ Es imprescindible para captar el sentido en que valoramos la construcción de la obra constitucional del profesor inglés la lectura de CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid (Trotta), 1997, esencialmente su tercer capítulo «Imperio de la ley y *Rule of Law*».

⁴ En esta podemos encontrar todo las alteraciones, notas y diferentes prólogos que el profesor Dicey fue introduciendo desde la primera edición aparecida en 1885, hasta la última publicada en vida, la octava de 1915. Para una relación pormenorizada de las alteraciones principales que sufrió la obra, es imprescindible leer a CASSESE, S., «Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XIX (1990), Milán, pp. 5-82. Y luego en su obra ya reseñada.

⁵ Por el profesor CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, cit., p. 144, sabemos que H. Laski en «Obituary Note» en *The Nation and the Athenaeum*, 1922, vol. 31, p. 77, sitúa a Dicey al nivel de

lo que es derecho –*law*– de lo que es historia política. Comienza resaltando que esa confusión se da de forma más pronunciada, y esto es comprensible, en Inglaterra que en Estados Unidos, debido a la evidente plasmación física que del contenido constitucional se hace en los Estados norteamericanos⁶. En su afán clarificador Dicey continúa indicando que son denominados *Constitutional Law* dos subgrupos de principios bastante diferentes y distantes entre sí: los *Laws* en sentido estricto, auténtico derecho ejecutable ante tribunales de justicia o *Courts*⁷, y categoría que va a centrar nuestro estudio bajo el nombre de *The Law of the Constitution*; y por otro lado las convenciones, principios, prácticas, y hábitos no aplicados por los tribunales, que conforman el sistema constitucional pero sin ser alegables ante *Court* alguna. Estos últimos son llamados por Dicey *Conventions of the Constitution*, y su estudio, llevado a cabo en el último capítulo de la obra, nos es bastante tangencial. Dentro del primer subgrupo que conforma la heterogénea categoría *Constitutional Law*, nos encontramos tanto con el *written law (Statute Law)* como con el *unwritten law (or Common Law)*, siendo ambas categorías *law stricto sensu*, por ser alegables ante los tribunales⁸.

El siguiente elemento de fundamental importancia en la teoría constitucional británica para Dicey es el de la soberanía del Parlamento. El profesor de Oxford dedica el segundo capítulo de su obra a apuntalar el dogma de la soberanía del Parlamento, descartando interpretaciones más cercanas, por un lado, a situar la verdadera soberanía en los *electors* y, por otro, a poder establecer una cierta jerarquía e independencia en la capacidad legislativa de los tres cuerpos que desde la sistematización llevada a cabo por Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England*⁹, sabemos que conforman el tradicional Parlamento inglés: la Corona, la Cámara de los Lores, y la Cámara de los Comunes¹⁰.

Blackstone, Pollock y Maitland; observa que Dicey ha iniciado una nueva e importante etapa en la historiografía inglesa; añade que el estudioso era portador de una gran cultura y agudeza; y que como docente fue todavía más grande que sus libros; subraya su obstinado individualismo; téngase en cuenta que Laski fue uno de los últimos discípulos en Oxford, de Dicey y que ha apreciado siempre su obra, considerando “Law of the Constitution” y “Law and Opinion” escritos magistrales, obras de arte, modelos dignos de admiración, en los cuales las cuestiones más complejas son recogidas y tratadas de forma directa, omitiendo los aspectos no esenciales».

⁶ DICEY, A. V. «The true Nature of Constitutional Law», en J. W. F. Allison (ed.), *The Oxford edition of Dicey*, vol. 1, *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, Oxford (Oxford University Press), 2013. pp. 14-15.

⁷ Es clave entender este fundamental concepto en el sentido de «*rule enforced by the Courts*».

⁸ *Ibid.*, p. 22 y ss.

⁹ BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England, 1765-1769*, consultable en «The Avalon Project» de la Yale Law School. Disponible en: <<http://avalon.law.yale.edu>>.

¹⁰ Confirmando esta defensa del dogma de la soberanía del Parlamento que realiza Dicey, y siendo además especialmente revelador, y por tanto útil a nuestros fines explicativos: BRYCE, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1988. Lo citamos ya en este punto, pero la idea de sistema constitucional no participado por todos (ni por supuesto todas), que desprende será necesariamente recogida más adelante: «Si [...] sobreviniera –como algunos presagian– un control más directo y constante de los electores sobre los miembros de la Asamblea representativa, los miembros de esta, antes que hombres elegidos para hablar y votar por su fidelidad e inteligencia, serían delegados que actuarían de acuerdo con instrucciones, y desaparecería gran parte del valor moderador que es propio del sistema representativo. [En Inglaterra] los representantes no se han transformado todavía en delegados, y si lo han sido, la culpa

Una vez que ha dejado bien apuntalado el concepto jurídico de soberanía¹¹, Dicey, en el capítulo dedicado a singularizar la inglesa y diferenciarla de la del resto de las naciones del mundo, da las tres claves para entender esa especialidad británica, en lo que independientemente de ser una manifestación imperialista considerable, conforma un discurso constitucional bastante interesante¹². Para el profesor de Oxford los tres aspectos fundamentales de la soberanía parlamentaria son, en primer lugar, que el poder legislativo puede alterar cualquier norma, fundamental o de otra clase; en segundo lugar, la ausencia de cualquier distinción legal entre normas constitucionales y otras normas; y por último la inexistencia de cualquier juez o autoridad con el derecho de anular un *Act of Parliament*, o de considerarlo nulo o inconstitucional¹³. Estas tres características conforman para él, que sigue a Bryce en este punto, la flexibilidad de la Constitución británica, haciéndola única en este extremo. Mucho más peregrina y tendente a un imperialismo evidente se vuelve esta línea de razonamiento cuando llega a sostener que la singularidad de la soberanía del Parlamento inglés reside en el hecho de que es el único constituyente y constituido y, consecuentemente, legislativo de manera simultánea, relegando a otros parlamentos como la Asamblea Francesa a la categoría de cuerpo legislativo no soberano¹⁴. Lo que en un inicio parte como una interesante y en términos constitucionales, instructiva sistematización, acaba siendo reconducida a un, a nuestro juicio, ridículo intento de supremacía que, sin embargo, tal y como hemos intentado dejar claro desde el principio, procuramos que no nos impida observar lo verdaderamente valioso de la construcción constitucional. Por ello seguimos reflexionando con él¹⁵.

es de ellos no de sus electores, ya que estos respetan el mérito y aprecian la independencia. Todavía existe un control apreciable sobre posibles imprudencias del Parlamento en el hecho de que es (contrariamente a algunas asambleas populares) guiado por ministros responsables que, hasta ahora, pocas veces han sido simples demagogos, y que tienen detrás, una experiencia; delante proyectos honrosos, y la opinión de su propia clase, alrededor. Lo que quiero hacer resaltar es que se ha producido un cambio en las condiciones bajo las que actúa una Asamblea representativa, condiciones que la hace responsable más inmediatamente ante el sentimiento público y aumentan algunos de los peligros propios de un Gobierno popular», *ibid.*, pp. 49 y 50.

¹¹ Jurídico en sentido de alegable ante tribunales. No obstante, como podemos observar en la misma obra, a Dicey no se le escapa el sentido político que la *sovereignty* también guarda, solo que su afán por clarificar y sistematizar el Derecho constitucional hace que desnaturalicen en cierto modo los conceptos clave, haciendo especial hincapié en el aspecto jurídico que le interesa reseñar y obviando otras acepciones que, de forma menos persistente, también reconoce que existen.

¹² DICEY, A. V., «Comparison between Parliament and Non-Sovereign Law-Making Bodies», en *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, *cit.*, pp. 87 y ss.

¹³ «Three Traits of Parliament Sovereignty:

-The power of the legislature to alter any law, fundamental or otherwise.

-The absence of any legal distinction between constitutional and other laws.

-The non-existence of any judicial or other authority having the right to nullify an Act of Parliament, or to treat it as void or unconstitutional», *ibid.*, p. 91.

¹⁴ «Whoever examines the constitutions of civilised countries will find that legislative assemblies of great nations are or have been in many cases legislative without being constituent bodies», *ibid.*, pp. 121-122.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 121-137, en el seno ya de la segunda parte del capítulo: «Foreign non-Sovereign Legislatures».

Dicey sitúa la soberanía francesa en los *French electors*, como por otro lado es lógicamente constatable. La rigidez de una Constitución impide los cambios flexibilizados, pero es más proclive a encontrarse con revoluciones, puesto que la verdadera soberanía, la de los electores, entra en conflicto con la sombra de una antigua soberanía petrificada en la Constitución. Este es el primer problema que Dicey encuentra tras examinar las constituciones rígidas y flexibles. Con el segundo, el autor británico da en el clavo, a nuestro juicio: ¿dónde están las salvaguardas con las que cuenta una Constitución rígida para controlar la posible inconstitucionalidad de la legislación?¹⁶ Los franceses, en su opinión, han dirigido su atención a volver intocable su Constitución, pero han descuidado la manera de hacer que la legislación «infraconstitucional» sea adecuada a esta rígida guía. No encuentra Dicey que ninguna Constitución francesa articule medio alguno de confrontar norma «infraconstitucional» con Constitución.

Para un crítico inglés, la actitud francesa relativa al ejercicio del legislativo (si además no se encuentra especialmente bien informado de las evoluciones constitucionales francesas como es el caso) es paradójica. Dicey ve dos posibles explicaciones, la sobrestimación que los franceses hacen del efecto que puede producir una declaración de derechos general, y lo celoso de su posición para todo lo que tiene que ver con una actuación judicial en la esfera de lo político. Se advierte fácilmente cómo en todo momento el planteamiento de Dicey parte de la premisa de que la naturaleza del *law* inglés hace que todo contenido de la Constitución sea sometido a control por parte de un tribunal, lo que, por un lado, como tendremos ocasión de comprobar de la mano de Laski, no es así en todos los casos, ni por supuesto para todos los sujetos y, por otro, deja al Estado británico en la cómoda y ventajosa situación de sostener que todos los derechos son garantizados, cuando únicamente son alegables ante tribunales los que son plasmados en los *Statutes* aprobados en el Parlamento, o los que claramente constituyen el *Common Law*.

2. La clave de bóveda: el *Rule of Law*

Tras estos prolegómenos que nos han ayudado a situarnos más próximos a la construcción constitucional y al claro y ordenado estilo del autor, toca ahora analizar el *Rule of Law*, la forma en la que funciona el sistema que vamos retratando, y que conforma el núcleo duro de lo que en esta revisión nos interesa, por aportarnos esas determinadas características garantistas constitucionales.

En este sentido, Dicey comienza recogiendo las palabras de Tocqueville que en 1836, y por medio de una comparación entre *Great Britain* y *Switzerland* analiza las diferencias fundamentales entre ambos países, destacando el mayor «republicanismo» del primero

¹⁶ *Ibid.*, pp. 131: «What are the safeguards which under a rigid constitution can be taken against unconstitutional legislation?».

frente al segundo, lo que para el viajero francés se ve especialmente reflejado en sus costumbres, un concepto muy conocido de la obra de Tocqueville (*les moeurs*).

Esa diferencia que en lo relativo a *Great Britain* se traduce en republicanismo, tiene que ver en todo momento con un sentido de *law* mucho más cercano a *rights* de lo que podemos percibir desde luego en aplicaciones continentales del «imperio de la ley». La antigüedad en el reconocimiento de derechos como el de libertad de prensa, la libertad individual, la mayor independencia judicial y la existencia del juicio por jurado entre «iguales» decantan del lado británico la balanza. Otra cuestión (tremendamente relevante, no cabe duda) es qué sujetos son titulares de tales derechos de libertad. Leyendo a Dicey podemos caer fácilmente en el error de «retroproyectar» valores constitucionales actuales y suponer que el profesor de Oxford está retratando un sistema constitucional de garantías para todos y todas. Ni que decir tiene que tal ingenuidad dista mucho de la realidad, como se encargará de poner de relieve Laski con respecto a la realidad obrera y como podemos comprobar nosotros mismos simplemente echando un vistazo a qué opinaba Dicey acerca del sufragio para la mujer inglesa, y para los *negroes*¹⁷.

Relevantes llamadas de atención aparte, centrándonos ya en el estudio de la garantía de funcionamiento conforme a derechos del sistema, el *Rule of Law*, distinguimos, siempre de la mano de Dicey, los tres conceptos que el profesor sitúa como las piedras angulares de la construcción.

¹⁷ En DICEY, A. V., *Letters to a friend on votes for woman*, Londres (John Murray, Albemarle Street, W.), 1909, comienza recordando su pasado liberal, siendo fiel seguidor de J. S. Mill, y destaca que en ese pasado estuvo a favor de los derechos políticos de la mujer. No obstante, pronto nos permite comprobar nuestro profesor que ha dejado esa faceta liberal atrás, puesto que utiliza toda la obra para argumentar a favor de su meditado cambio de opinión dejando entre otras, semejantes afirmaciones: «Nor could I fail to perceive with new clearness the danger which lurked under the concession of sovereign power to women, who as a body are more readily influenced than men by the emotions of the moment», p. 4. Y en lo que todavía es una más completa y clara declaración de principios puesto que relaciona a las mujeres con los negros norteamericanos: «The generous experiment has turned out a dubious success, if not a failure. The negro vote is a sham and a fraud [...] I know you will never suppose[...]that I am so dull as to suggest, what any man of sense knows to be strictly false, that English women occupy anything like the position of ignorant and scarcely civilized negroes. The suggestion that English women are slaves, patent as is its absurdity, comes, if at all, from the more heated and less wise advocates of woman suffrage. All that is here contended for is that page after page of history exemplifies the futility of giving to any class, whether of men or of women, political rights in excess of genuine political power» (pp. 72-74). Las mujeres no son como los incivilizados negros, pero dar derechos políticos a quienes de forma genuina no participan en el poder político solo puede empeorar las cosas como se ha demostrado en Norteamérica. No queda la cosa ahí, sigue intentando dar consistencia a sus fundamentos «Nor is it only in the defence of the country against foreign enemies that women are by nature incapable of taking part. The same is the case with the maintenance of law and order at home. Law is a command, its sanctions are ineffective without force to apply them; and women are unable to share in the forcible maintenance of the laws which, if they had the vote, they would share in making».

A. Absence of arbitrary power on part of the government

La ausencia de arbitrariedades en el seno del Estado, característica garantista que contrapone mediante confrontación con la propia del sistema europeo continental, entendemos que menos anacrónicamente de lo que sostiene Cassese¹⁸, pero aún así de forma no muy rigurosa «[...] in every continental community the executive exercises far wider discretionary authority in the matter of arrest, of temporary imprisonment, of expulsion from the territory [...]»¹⁹. La confianza en cuanto a pérdida de anacronismo proviene de que centrándose en 1885, llega a sostener que «the rule of law is now nearly as well established as in England». Cosa que no había sido así «during the eighteenth century many of the continental governments were far from oppressive, but there was no continental country where men were secure from arbitrary power»²⁰.

B. Igualdad de todo hombre bajo the ordinary law of the land

En este segundo concepto hunde sus raíces buena parte del razonamiento que adopta Dicey para luego afirmar que no existe Derecho administrativo en Inglaterra, a partir de la evidente inexistencia de contencioso-administrativo, derivada de la aplicación estricta de esta premisa:

No man is above the law, and (what is a different thing) every man whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals²¹.

Continúa Dicey en esta línea:

A colonial governor, a secretary of state, a military officer, and all subordinates, though carrying out the commands of their official superiors, are as responsible for any act which the law does not authorise as is any private and unofficial person. The Reports abound with cases in which officials have been brought before the Courts and made in their personal capacity liable to punishment or to the payment of damages for acts done in their official character but in excess of their law-ful authority²².

¹⁸ CASSESE, S. «Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XIX (1990), pp. 5-82.

¹⁹ DICEY, A. V. *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, cit. p. 188, continuamos con la primera edición de la obra clave de Dicey, en el capítulo denominado «The Rule of Law: Its Nature».

²⁰ *Ibid.*, p. 188.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 189.

Esto no significa que no exista cierta normativa que podríamos calificar de pública por la finalidad que tiende a regular. Lo que se empeña en poner de manifiesto Dicey es que en la *law of the realm*, no cabe «any excape thereby from the duties of an ordinary citizen». O en otras palabras, pueden tener obligaciones marcadas por determinadas «laws which do not affect the rest of the nation», *official law* que no hace inconsistente el principio de que todos los hombres están sujetos a la misma *law of the realm*, puesto que lo que hacen esas normas es como decimos «incurs from his position legal liabilities from which other men are exempt», o sea, ser, añadir obligaciones sin incrementar derechos, o más bien sin separar de los derechos contenidos en el mismo concepto de *Rule of Law*²³.

C. Empirismo constitucional inglés: Judge-made law

El tercero de los conceptos que soporta como muro de carga, y simultáneamente integra la fundamental concepción del *Rule of Law* parte de la constatación que realiza Dicey en relación con las «General rules of constitutional law». Para él estas son: «[the] result of ordinary law of the land». O lo que es lo mismo:

The English constitution, have not been created at one stroke, and far from being the result of legislation in the ordinary sense of that term are the fruit of contests carried on in the Courts on behalf of the rights of individuals. Our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features, good and bad, of judge-made law²⁴.

Para ganar en claridad a la hora de exponer este último concepto Dicey acude a la comparación con otras constituciones, para poner blanco sobre negro esta característica que, está convencido, es única del constitucionalismo británico:

The relation of the rights of individuals to the principles of the constitution is not quite the same in countries like Belgium, where the constitution is the result of a legislative act, as it is in England, where the constitution itself is based upon legal decisions. In Belgium, you may say with truth that the rights of individuals to personal liberty flow from or are secured by the constitution. In England the right to individual liberty is part of the constitution, because it is secured by the decisions of the Courts, extended or confirmed as they are by the Habeas Corpus Acts²⁵.

²³ *Ibid.*, pp. 193 y 194.

²⁴ *Ibid.*, pp. 195-203.

²⁵ *Ibid.*, pp. 197 y 198.

En los Estados continentales en los que los derechos están positivados en el texto constitucional, los derechos de libertad aplicables a los individuos se derivan de esas máximas o principios dispuestos normativamente. En Inglaterra es el propio derecho a la libertad individual el que conforma la Constitución, es la libertad de un individuo a través de la aplicación por parte de un determinado tribunal de las *Habeas Corpus Acts*, lo que constituye la *law of the constitution* que estamos tratando de analizar.

Dicey sigue conformando su modelo con motivo de la presentación de este último concepto, introduciendo una cuestión realmente interesante. Con clara intención ilustrativa, el profesor de Oxford, haciendo uso de las fórmulas de la lógica en esta temática jurídica, describe las diferencias entre la Constitución belga y la inglesa, y señala que los derechos individuales en el seno de la primera son deducciones extraídas de un texto superior, mientras que en la segunda son inducciones o generalizaciones realizadas directamente al sistematizar las particulares decisiones pronunciadas en los tribunales conforme a derechos de individuos concretos.

Para Dicey, la clave en la construcción de una Constitución verdaderamente garantista la tenían clara aquellos:

Englishmen whose labours gradually built up the complicated set of laws and institutions which we call the constitution, fixed their minds far more intently on providing remedies for the enforcement of particular rights or (what is merely the same thing looked at the from the other side) for averting definite wrongs, that upon any declaration of the Rights of Man or of Englishmen. The Habeas Corpus Acts declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty²⁶.

Es necesario señalar el fuerte componente constitucional que observamos en este sistema institucional que Dicey nos presenta, así como en la construcción induccionista-empirista de la propia Constitución en materia de derechos, que lleva a la existencia y garantía de los mismos de una sola vez por su reconocimiento en los tribunales:

The fact, again, that in many foreign countries the rights of individuals, e.g. to personal freedom, depend upon the constitution, whilst in England the law of the constitution is little else than a generalization of the rights which the Courts secure to individuals, has this important result²⁷.

Dicey no concibe, por verla difícil, la posibilidad de afirmar la existencia de una serie de derechos antes de asegurarlos mediante aplicación en tribunales, ya que es mucho más

²⁶ *Ibíd.*, p. 199.

²⁷ *Ibíd.*, p. 200.

difícil impedir la aplicación de un derecho por formar parte de la *ordinary law of the land*, que por hallarlo positivado y proclamado en la más suprema de las normas.

Nuestro profesor nos muestra un sistema constitucional de inducción, empirista como decimos, que se opone a otros constitucionalismos de deducción o racionalistas que unen su vigencia en cuanto a garantía de derechos a la correcta realización de la deducción del principio al caso concreto. No obstante, y como a continuación tendremos ocasión de comprobar de la mano de Laski, este sistema constitucional inductivo, carece de una adecuada homogeneidad en el disfrute de derechos, que se manifiesta de forma evidente en que solo es practicable en la reducida sociedad de propietarios imperialista británica en la que Dicey piensa cuando levanta su «vigoroso» edificio.

III. LA VISIÓN DE LASKI, ¿DESMONTANDO EL *RULE OF LAW*?

La línea de crítica que vamos a intentar seguir a resultas de la pausada reflexión de la lectura de importantes artículos del último de los discípulos del viejo profesor de Oxford, el profesor de la London School of Economics, Harold Laski, se separa considerablemente del concurrido foco de la poca rigurosa confrontación entre un *droit administratif* interesadamente mal presentado y un *Rule of Law* constitucionalmente sólido. Más allá de afear el evidente desconocimiento de Dicey sobre el sistema constitucional (administrativo) francés, y de analizar hasta qué punto corresponden con un determinado *administrative law* las reformas e instituciones que de la mano de Laski observamos que se implementan en el complicado final del siglo XIX y principios del XX inglés, hemos decidido poner nuestro punto de mira en las diferentes fallas del sistema del *Rule of Law* o, en términos claverianos, «cortocircuitos», relativas a falta de verdadera protección de ejercicio de derechos (políticos y civiles) de la mayoría de los ciudadanos. En otras palabras, en el presente apartado buscamos exponer y medir la preocupación que Laski muestra por una parte muy importante de la sociedad que Dicey no parece que asumiera, en su seudomnicomprensivo sistema constitucional.

La instructiva crítica que Laski acomete puede ser reconducida a dos flancos principalmente. Por un lado, se ponen en seria duda las dos primeras causas-consecuencias del funcionamiento del *Rule of Law*, la ausencia de arbitrariedades en el seno del Estado, y vinculado a ella, la igualdad de todo hombre, *official* o no, *above the ordinary law*; por otro, se arrojan ejemplos que exponen a las claras que el sistema es detentado por una reducida clase dominante, conforme a un determinado concepto de propiedad liberal, que es además guardado por una magistratura con ciertos intereses corporativos, considerablemente distante de la garantista defensora de derechos.

1. *Responsability of the State: tambaleo de pilares fundamentales*

En uno de los principales artículos de Laski, «The Responsibility of the State in England»²⁸, se abarca la crítica de esos dos pilares fundamentales de la construcción diceyana. Comienza esta haciendo referencia al conocido principio de irresponsabilidad del monarca, «The King can do no wrong», vigente como Dicey también ponía de manifiesto en todo momento en el sistema constitucional inglés. Lo que ocurre es que el profesor de Oxford trazando una arriesgada cuadratura de círculo entendía que tal máxima era subsanada porque al ser toda decisión del monarca llevada a cabo por algún *minister of the Crown* u otro *official*, y estar estos obligados a responder en igualdad de condiciones que el resto de los individuos *above the ordinary law* y frente a tribunal también ordinario conforme al segundo pilar, se garantizaba la total ausencia de arbitrariedades en el seno del Estado.

Laski por el contrario entiende esta construcción como una innegable fuente de arbitrariedades, alertando de que esa autocomplacencia se había revelado pernicioso, dejando atrasada a la Constitución inglesa en ese extremo con relación a las continentales. El profesor de la London School of Economics sostiene que el hecho de que en Inglaterra no se haya definido el Estado en términos jurídicos, esto es, que no exista *State-responsability*, que el Estado no pueda ser encausado, solo puede redundar en una perversión del *Rule of Law* que conlleve una palmaria indefensión de derechos de los individuos en su relación con la incipiente «administración», y no solo de los ajenos a esta, también de los propios *officials*²⁹.

²⁸ LASKI, H. «The Responsibility of the State in England» en *The Foundations of Sovereignty and other essays*, Londres (George Allen & Unwin LTD. Museum Street), 1921, p. 103. Publicado por primera vez en la *Harvard Law Review*, vol. xxxii, n.º 5. Es conveniente citar aquí el autorizado posicionamiento de un contemporáneo e ideológicamente muy afín a Dicey, profesor inglés que ya nos es conocido, James Bryce, el cual en sede de su famosa diferenciación entre constituciones nos deja estas sintomáticas ideas «Las constituciones de *Common Law* permiten la mayor libertad posible a los altos funcionarios del Estado [...] en Inglaterra, los ministros de la Corona. Las funciones de estos altos cargos no están definidas muy estrictamente por las disposiciones legales, pues si bien limitan el poder en determinados sentidos, no marcan un círculo totalmente cerrado, sino que dejan ciertos resquicios, gracias a los cuales la tradición y el precedente les permiten manifestarse y jugar libremente. Las aristocracias aprecian esta libertad porque los cargos recaen en sus miembros más distinguidos. Y por lo tanto pueden actuar con independencia, imponer su voluntad y llevar a cabo sus propósitos, sin sentirse cohibidos por el temor de transgredir una Ley.

»Por otra parte, los miembros menos notables de la clase superior no tienen motivos para temer daños venidos de la gran autoridad de los cargos, porque su posición social y la influencia de las relaciones familiares los protege contra la arbitrariedad». En BRYCE, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, cit. pp. 44 y 45.

²⁹ En ese mismo sentido en LASKI, H., «The Responsibility of the State in England», cit., p. 107: «In such an aspect, state-responsability, in the sense in which continental theorists use that term, remains un-known. The state cannot be sued, because there is no state to sue. There is still no more than a Crown, which hides its imperfections beneath the cloak of an assumed infallibility. The Crown is irresponsible save where, of grace, it relaxes so stringent an attitude. Foreign writers of distinction have thus found it easy to doubt whether the protection the English constitutional system affords to its citizens is in fact as great as the formal claims of “the Rule of Law” would suggest. For while it is clear enough that the broad meaning of this principle is the subjection of every official to definite and certain rules, in the nature of things that which gives the official his meaning and is equivalent in fact to the incorporation of the people as a whole, escapes the categories of law».

Eso es así puesto que, como el propio Laski destaca, con la evolución que en los últimos años se ha producido por medio del desarrollo de un *Administrative Law*, que no *Droit Administratif*³⁰, en el seno de un Estado jurídicamente deficitario en estructuras de derecho público, se ha ido poniendo progresivamente en una situación cada vez más compleja a los últimos eslabones de la cadena estatal. Esto contribuye irremediamente a agravar la lógica progresión, antes fáctica que jurídica, de las categorías ejecutivas³¹, en un Estado en el que se une, por un lado, la mayor demanda de conformación del mismo como gran corporación de servicios públicos y, por otro, el lastre que supone entender abarcable esta nueva faceta desde el insuficiente «gobierno de los jueces», que aplican el principio de igualdad en la responsabilidad de todo hombre, aún oficial, retorciéndolo hasta la perversa consecuencia que hemos venido apuntando: que responda individualmente de un ilícito gestado en el seno del Estado, el último y más humilde *official*, encargado de implementarlo³².

Lo que en definitiva Laski busca poner sobre la mesa con esta gran llamada de atención sobre la *Responsability of the State*, es:

[I]t is not adequate to give half-protection in the form of the Rule of Law, and then to destroy the utility of its application. What, in fact, is implied in a State which evades responsibility is, sooner or later, the irresponsibility of officials immediately the business of the state is complex enough to make judicial a source of administrative irritation [...]. What is needed is rather the frank admission that special administrative courts, as on the Continent, are needed, or the requirement of a procedure in which the rights of the private citizen have their due protection³³.

Esa es la clave del desmontaje en este extremo: negar la evidencia del necesario desarrollo de derecho público solo puede conllevar la pervivencia de unas fallas de *Rule of Law* en sede de irresponsabilidad estatal que contribuyen a menoscabar el ejercicio de derechos del grueso de los ciudadanos, ya que, como expone en un sintético y clarificador ejemplo que situamos como colofón de este apartado, con el *Rule of Law* que conocemos: «it is hardly helpful to be able to bring a policeman into court if the real ofender is the Home Secretary»³⁴.

³⁰ En CLAVERO, B., «Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXIV (1995), pp. 419-468. «Las corporaciones inglesas arrastran sus propios problemas pero ni si quiera unas tendencias intervencionistas, como las que pudiera representar el mismo Laski, ven el régimen francés como modelo» (p. 459).

³¹ LASKI, H. «The Responsibility of the State in England», cit., p. 108: «We are invested with a network of antiquarianism because the conceptions of our public law have not so far developed that they meet the new facts they encounter».

³² *Ibid.*, p. 121: «[...] and the real problem is simply the maxim of whether a principal should be responsible for the acts of his agent. In private law, that is obvious enough; yet the state, by a subterfuge, escapes its operation... The protection of individual rights is not maintained except at the expense of other individuals; where the real point at issue is to maintain them at the expense of the illegally assumed rights of the state».

³³ *Ibid.*, p. 123.

³⁴ *Ibid.*, p. 125.

2. Dudas sobre el «gobierno de los jueces»: nuevas evidencias de desmontaje

En un nuevo y fundamental título, *Studies in Law and Politics*³⁵, Laski sigue discutiendo firme en su empeño de mostrarnos las características de un sistema no tan garantista como pudiera parecer a primera vista. A la desconfianza en términos de desarrollo jurídico de aspectos fundamentales de la Constitución que en el primer apartado exponíamos, podemos unir en este una interesante serie de reflexiones que nos ayudan a percibir el entramado institucional anglosajón en su esencia limitadora y defensora del establecido orden político con claras connotaciones clasistas.

Partiendo del punto en que dejábamos la cuestión en el apartado anterior, Laski duda de que los nuevos fines que un Estado debe garantizar puedan ser llevados a cabo por el limitado *representative government* inglés³⁶, y entiende que es necesario librar a la «la Asamblea General Legislativa del trabajo íntimo e incesante de vigilancia para el cual no sirve, porque, como ya dijo Mill, una asamblea popular no está capacitada para administrar o dictar a aquellos que controlan la administración»³⁷.

Pero el fundamental caballo de batalla para Laski, en el extremo de la necesaria renovación de las fallas sistémicas que bloquean la incorporación a las instituciones de la gran mayoría de los *citizens*, es el statu quo del «gobierno de los jueces» británico. Pues «la labor del poder judicial se ha hecho tan vasta, las facultades que en él ha delegado el poder legislador son tan amplias, que los jueces, hoy tal vez más que en ninguna otra época, constituyen la verdadera salvaguardia de la libertad personal»³⁸. O lo que es lo mismo, de su actuación dependen, más que de la de ninguna otra institución estatal, el reconocimiento de derechos de los individuos y la posibilidad de hacerlos extensibles a los cuantiosos grupos a los que no habían llegado. Por tanto, si como defiende Laski, la mayoría carecía de verdadera simpatía por las clases trabajadoras, producto de una educación inflexible en el individualismo económico, parece que nos encontramos ante otro bloqueo de la posibilidad de renovación inclusiva del entramado inglés³⁹.

Laski, consciente de la central labor de la judicatura en el sistema anglosajón, expone la necesidad de que esta se encuentre encaminada a lograr el bienestar público; propuesta razonada que se da de bruces con la realidad aprehensible del ordinario funcionamiento de

³⁵ LASKI, H., *Studies in Law and Politics*, Londres (George Allen & Unwin LTD), 1932. Versión traducida al castellano al año siguiente, *Derecho y política*, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1933. Contiene artículos fundamentales tales como «La técnica de los nombramientos judiciales», «Reseña jurídica de política social» y «La Justicia y el Derecho».

³⁶ *Ibíd.*, p. 137 de la versión española: «En la esfera económica todo individuo capacitado [...] debería estar protegido contra el paro y las enfermedades, y contra las miserias de la vejez. Esto, por lo menos, es lo que en sustancia el Estado significa, y si sus instituciones no han conseguido hasta ahora dar materialidad a ese contenido, parece deducirse que está necesitado de cambio». Y p. 143 de la versión inglesa.

³⁷ *Ibíd.*, p. 133 de la versión española; p. 140 de la versión inglesa.

³⁸ *Ibíd.*, pp. 159-160 de la versión española; pp. 163 y 164 de la versión inglesa.

³⁹ *Ibíd.*, p.169 de la versión española; p. 173 de la versión inglesa.

los tribunales, ya que por medio del estudio de diferentes casos relevantes, como la causa *Taff Vale*, la *Osborne*, y el conjunto de sentencias que giran alrededor de la política de *Poplar*; se constata la pervivencia de una mentalidad que mantiene (por razones que sería difícil demostrar) que a las opiniones que no sean simpáticas a los tribunales no debe facilitárseles el camino de la legalidad. En cada uno de los casos estudiados las teorías que se rechazaron eran las de una clase social que hasta el momento presente no había intervenido en la elaboración de la ley judicial inglesa⁴⁰.

La realidad de exclusión de la clase obrera de las instituciones es evidente y conocida por todos, hasta «un antiguo *Attorney General* de Inglaterra ha dicho que los Tribunales están llenos de prejuicios cuando se trata de cuestiones obreras». Y no queda ahí: todo un líder conservador, a la postre primer ministro, Winston Churchill, llegó a manifestar en la Cámara de los Comunes que entendía perfectamente la desconfianza de las asociaciones obreras con respecto a los tribunales de justicia, teniendo enfrente a un partido laborista, que año tras año mantenía la demanda de incorporar magistrados obreros a los tribunales para revertir la situación⁴¹.

Laski desenmascara con estas aportaciones el legado de estatismo complaciente con los intereses corporativos de una muy limitada clase dominante, que con Dicey venía camuflado entre los ropajes de su, desde esta perspectiva, difícilmente considerable garantista construcción. Mostrando a las claras que:

[...] lo que los Tribunales hacen día tras día, es aplicar unas normas cuyo objeto es proteger los intereses del orden establecido, y las máximas que inventen y los principios que descubren, serán aquellos que satisfagan las necesidades de la clase dominante de la sociedad en que funcionan [...] la ley, al procurar el orden como finalidad más alta, consigue que se satisfagan las necesidades de la sección más poderosa de la sociedad⁴².

Por todo ello, y ya en líneas conclusivas, Laski llega a sostener que el proletariado debe ser perdonado si entiende que el derecho –el *law*– es un instrumento destinado más

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 220 de la versión española; p. 220 de la versión inglesa. En este mismo sentido: «Nuestras leyes, en su mayor parte, fueron hechas para y en interés de los propietarios, y por tanto, su naturaleza tiene forzosamente que favorecerles sobre sus conciudadanos más pobres [...] somos todavía un Estado en el que el privilegio, tanto de la riqueza como de la posición social, asume una importancia que salta a la vista... la igualdad ante la ley es puramente formal en Inglaterra, no solamente el trato varía con la condición social, sino, lo que es más importante, el acceso a la ley depende mucho de la posición económica» (p. 220).

⁴¹ *Ibíd.*, p. 277 de la versión española; pp. 277 y 278 de la versión inglesa.

⁴² *Ibíd.*, p. 278 de la versión española; pp. 278-279 de la versión inglesa. Aclarando tras el contundente alegato, el pragmatismo que no idealismo, de su mensaje: «No quisiera que el lector creyera que hablo un lenguaje cínico, ni que estoy negando la imparcialidad de los Tribunales; lo que digo únicamente es que las instituciones legales, como todas las demás instituciones, toman del sistema económico sus características principales y, por tanto, como este sistema opera con desigualdad, la ley actúa también en la misma forma» (p. 278).

bien a sujetarle que a servirle. La justicia en la mayoría de los casos es un lujo que no puede permitirse, careciendo por lo general de consejo técnico necesario en la defensa de sus intereses, ante una magistratura que no hace mucho por alterar la situación como hemos visto. Ante estas constataciones, queda meridianamente claro el estado de exclusión de parte de la sociedad del sistema de garantías constitucionales, dejando por nuestra parte abierta al lector en este punto y final la toma de la última consideración acerca del interrogante de si existe tal sistema cuando una parte tan importante de la población es extraña a su funcionamiento. O lo que es lo mismo, ¿ha desmontado Laski el *Rule of Law*?

IV. BIBLIOGRAFÍA

BRYCE, J., *The American Commonwealth*, 3.^a ed., Nueva York, (Macmillan), 1908.

– *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1988.

CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP (Editorial Derecho Global), 2014.

– «Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XIX (1990), pp. 5-82.

– «Tocqueville e il diritto amministrativo», en *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milán (Giuffrè Editore), 2010.

CLAVERO SALVADOR, B., «Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXIV (1995), pp. 19-68.

– *Happy constitution: cultura y lengua constitucionales*, Madrid (Trotta), 1997.

– *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid (Trotta), 2007.

DICEY, A.V., *Letters to a friend on votes for woman*, Londres (John Murray, Albermarle Street, W.), 1909.

– *The Oxford edition of Dicey*, vol I: *Introductory to the study of the Law of the Constitution*, vol. I, Oxford (Oxford University Press), 2013.

– *The Oxford edition of Dicey*, vol II: *Lectures on Comparative Constitutionalism*, Oxford (Oxford University Press), 2013.

LASKI, H., *A grammar of politics*, Londres (George Allen & Unwin LTD.), 1925.

- *The Foundations of Sovereignty and other essays*, Londres (George Allen & Unwin LTD.), 1931.
 - *Studies in Law and Politics*, Londres (George Allen & Unwin LTD.), 1932.
 - *Derecho y política*, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1933.
- MANNORI, L., «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica*, n.º 15 (2007) pp. 125-146.
- TOCQUEVILLE, A. *De la démocratie en Amérique*, vols. I y II (introd. H. J. Laski; nota preliminar J. P. Mayer), París (Éd. Gallinard), 1979.
- *Oeuvres Complètes*, t. VII: *Correspondance Étrangère D'Alexis de Tocqueville. Amérique, Europe Continentale*, París, (Éd. Gallinard), 1986.