



JOSÉ AVILA  
HERRERA

PhD. Profesor de la Facultad de Derecho - Universidad de Lima



ADRIÁN AVILA  
ALAYZA

Estudiante de leyes de la Universidad de Lima

**A** propósito del asunto público sobre la licencia de construcción del proyecto minero Tía María, se hace continua referencia al “imperio de la ley” como una exigencia, como una necesidad, como un ideal jurídico-político de un Estado de derecho y de la seguridad jurídica. Se dice, por ejemplo, que “en este Gobierno, el imperio de la ley debe estar por encima del principio de la democracia”. Otros sostienen una posición crítica con el Gobierno peruano y consideran que se trata de una concesión ante lo que resultaría inconcebible en una lógica democrática: ¿cómo se puede poner el imperio de la ley por encima de la democracia?

A menudo se recurre al complejo concepto de “legitimidad” (licencia social) para contraponer la “legitimidad democrática” a la legalidad. En caso de conflicto, dicen, “la democracia ha de estar por encima de la ley; pensar de otro modo supone no ser un demócrata”. Pronunciamientos o declaraciones de este tipo pueden representar un error. Parecen entender que el imperio de la ley se reduce a la romana invocación de las leyes existentes.

La *rule of law* es una fórmula jurídica y política altamente controvertida y utilizada de diversos modos hoy en día, aún algo incierta con respecto al pasado, y al mismo tiempo aún invocada y aplicada (Viola, 2017:13). Pero, además, sostiene el profesor Viola que: “la historia del uso de la fórmula de la *rule of law* ayuda a comprender las razones de sus imprecisiones y ambigüedades (...) en buena medida debido a las diferentes variantes de los sistemas jurídicos a los cuales se aplica”.

En el mismo sentido, (Marcilla, 2013: 177) la variedad de concepciones que encierra el concepto de imperio de la ley responde, en primer término, a tratarse de un “concepto histórico”, es decir, que ha de ser comprendido atendiendo a las diversas manifestaciones históricas o empíricas del poder y del Derecho. Pero no es su carácter histórico el único ni principal motivo de la multiplicidad de sentidos que encierra la expresión. En realidad, la pluralidad de sentidos obedece a que el significado de “imperio de la ley” es también fiduciario de las diferentes concepciones del Derecho.

Emprender un análisis del vocablo imperio de la ley resulta prácticamente tan complejo como dar cuenta del significado de la propia



## UN PARADIGMA BAJO PRESIÓN

# El imperio de

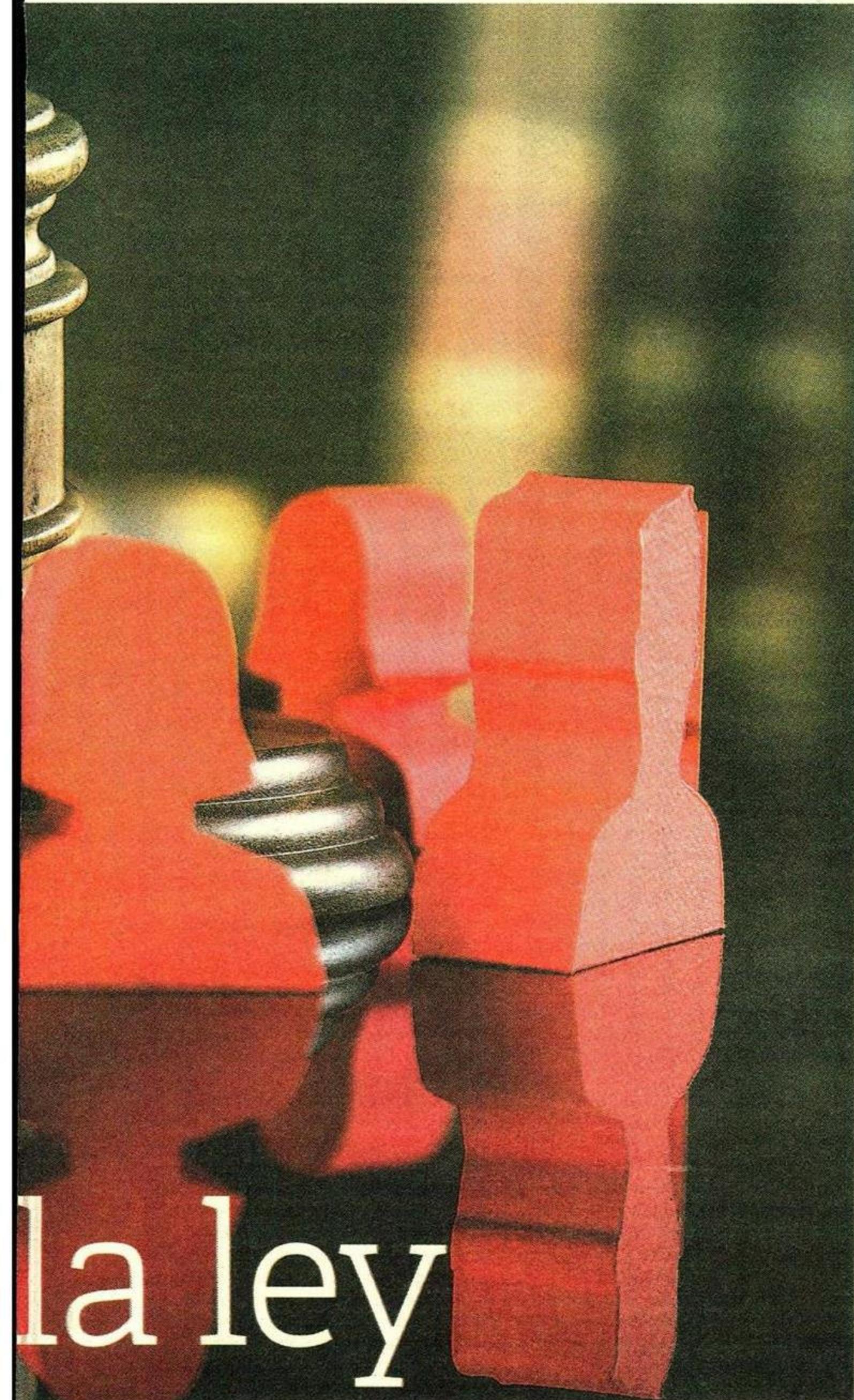
noción de “ley” o de “Derecho”. Es decir, el análisis conduciría al recorrido de las más variadas manifestaciones empíricas de juridicidad, entendidas estas en su contexto político, social, económico, cultural, etcétera, desde la antigüedad clásica o grecorromana, pasando por la alta y baja edad media, el tránsito a la modernidad, el Derecho del Estado liberal, del Estado contemporáneo, terminando con una aproximación a las extraordinarias transformaciones jurídicas de los presentes modelos de legalidad.

Pero incluso una vasta aproximación histórica al concepto imperio de la ley se revelaría

insuficiente, debido a que el término puede traducir o reflejar tantas ideas de las relaciones entre el Derecho y el poder, como concepciones a propósito del fenómeno jurídico. En otras palabras, tras los distintos significados que pueden adscribirse al concepto de imperio de la ley, late el propio problema del concepto de Derecho y, particularmente, el persistente debate sobre la vinculación necesaria o contingente entre el Derecho y la moral (Carrión, 1965; Waldron, 2008).

Para entender esta complejidad, seguiremos el ejemplo de la profesora Marcilla (2013: 178): supongamos que un operador jurídi-

co se enfrenta a un caso difícil, expresando abiertamente que en la aplicación del Derecho hace uso de su discrecionalidad, fundando su decisión o fallo en un razonamiento jurídico, entreverado de razones morales. La pregunta es: la actuación del referido juez, ¿está disciplinada por el imperio de la ley? Obviamente, la respuesta a esta interrogante varía en función de la concepción del Derecho que se sostenga. Desde una concepción realista o positivista excluyente, el juez que funda su decisión en razones morales actuaría sin respaldo legal (Raz, 1979); desde una visión del Derecho como integridad, solo la coherencia o la corrección



# la ley

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DENOMINADO THE RULE OF LAW EQUIVALE A LO QUE EN ESPAÑOL CONOCEMOS COMO "PRINCIPIO DE LEGALIDAD", "ESTADO DE DERECHO", "SUPREMACÍA DEL DERECHO" O "IMPERIO DE LA LEY". EL IMPERIO DE LA LEY ES UN IDEAL QUE ESTÁ BIEN ENRAIZADO EN LOS ORÍGENES DE NUESTRA TRADICIÓN DEL PENSAMIENTO POLÍTICO.

## La mirada de Francesco Viola

Gracias a la labor editorial de Palestra Extramuros, tuvimos la oportunidad de leer la obra: *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*, del profesor italiano Francesco Viola. En él se señala que, el "imperio de la ley" es un concepto que ha logrado expandirse con éxito desde Europa a todo el mundo, pese a la diversidad de versiones y comprensiones en distintos tiempos y espacios. Se trata de un ideal con profundas bases filosóficas, políticas e históricas. Para esta ocasión, queremos destacar algunos puntos claves de su investigación con relación a las [otras] funciones que le atribuye a la *rule of law*. El profesor Viola habla de "una renovada fortuna de la *rule of law* y se debe en buena parte, a otros usos a la cual esta se presta o a otras funciones que puede absolver más de aquella regulatoria" (2017: 23). Estas funciones pueden

ayudar a afrontar cuestiones emergentes en la agenda del derecho contemporáneo y de la política internacional. La primera función colateral de la *rule of law* es contribuir a la legitimación de un sistema político. Esta función exige un cierto soporte institucional en el cual el Poder Judicial pueda actuar con imparcialidad e independencia. Asimismo, destaca que, hoy, la *rule of law* forma parte, junto a la democracia y al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de un conjunto de principios jurídicos que son considerados como patrimonio común de todos los Estados (...). Entonces el ejercicio del poder ya no es prerrogativa de los Estados, sino más bien cada vez más de los organismos internacionales. Por ello habla de un rol internacional y constitucional de la *rule of law*. Luego, apunta acerca de la proyección política de la

*rule of law*. Ahora el imperio de la ley exige una visión cooperativa de las instituciones de la sociedad política (2017:25). Otra función colateral de la *rule of law* es permitir o favorecer que se consigan objetivos específicos de carácter económico, social y político. Para concluir, el autor señala que, cuando el Estado representa la más elevada concentración de poder, entonces es natural que la *rule of law* se modele en relación con el derecho estatal y a la primacía de la ley. Cuando la sede de tal poder se mueva a otros centros institucionales, públicos o privados, al interior o al exterior del Estado, y de la misma forma la ley sufre considerables cambios y variables, entonces la *rule of law* para estar en capacidad de responder a las nuevas formas de arbitrio, cambia de piel, asume nuevos deberes, acepta una aplicación flexible y gradual (2017: 29).

de la argumentación, y no el carácter jurídico o moral de la misma sería relevante para evaluar si la actuación del juez se halla efectivamente bajo el imperio de la ley (Dworkin, 1977; Alexy, 1978, 2002; Nino, 1994).

### Las raíces de la rule of law

Si bien la idea se ha rastreado hasta Aristóteles, quien en sus obras *La Política* y *La Constitución de Atenas*, señala que es mejor que gobierne la ley que uno de los ciudadanos, de tal suerte que aun los guardianes de la ley deben obedecer las leyes. También se pueden encontrar registros en Cicerón, quien escribió que "allí donde no hay ley, no existe la ciudad", esto es, una comunidad de ciudadanos libres que se autogobiernan.

El principio constitucional denominado *the rule of law* equivale a lo que en español conocemos como "principio de legalidad", "Estado de derecho", "supremacía del Derecho" o "imperio de la ley". El imperio de la ley es un ideal que está bien enraizado en los orígenes de nuestra tradición del pensamiento político. Quien acuña el concepto *Rule of Law* es el profesor A.V. Dicey, que lo utilizó en su libro *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publicado en 1885.

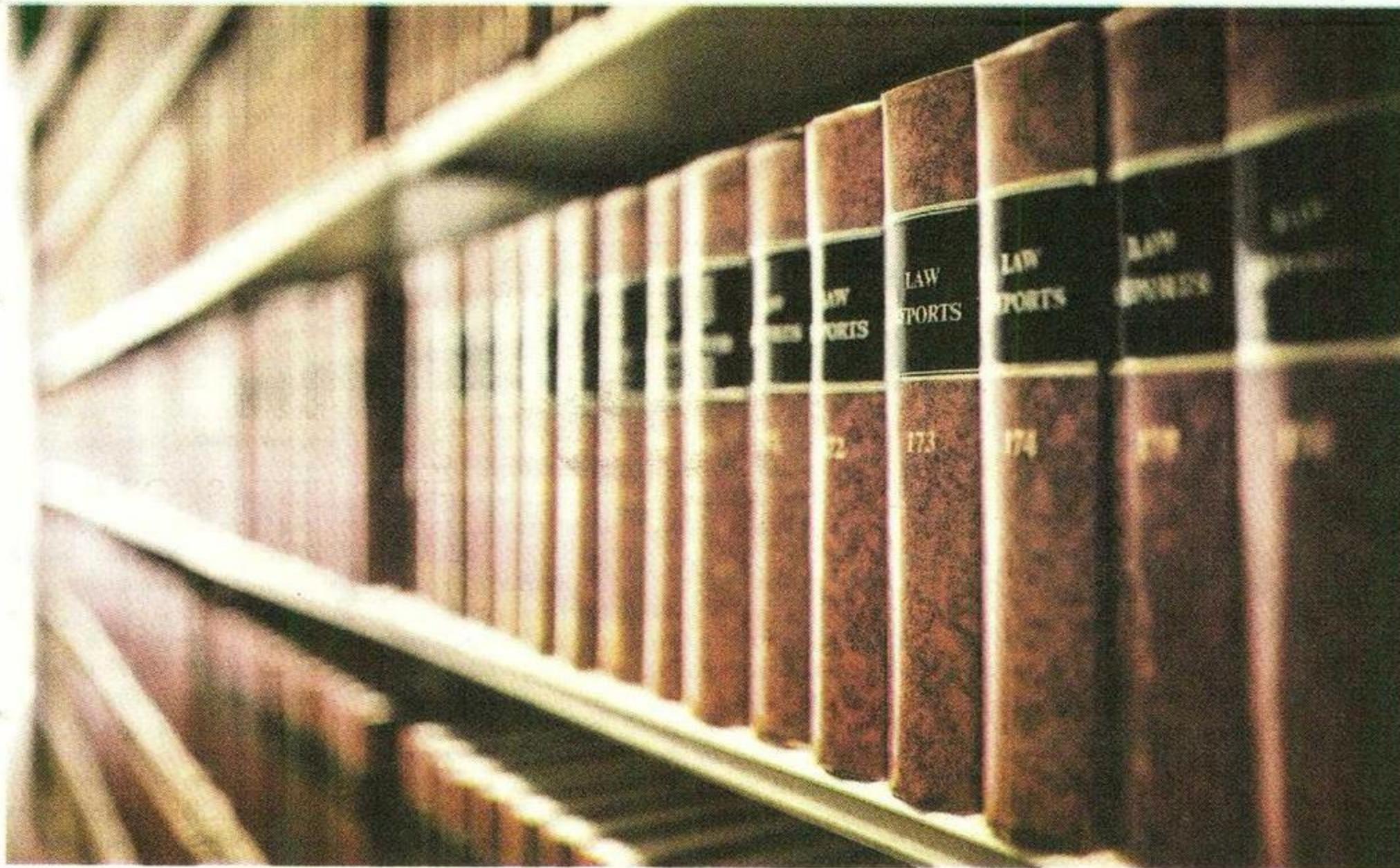
"El gran problema en política, que comparo con el de la cuadratura del círculo en geometría [es el siguiente]: cómo encontrar una forma de gobierno que ponga a la ley por encima del hombre". Esta frase de Rousseau, extraída de una carta al marqués de Mirabeau del 26 de julio de 1767, hace eco a la afirmación de

Platón: "En [la ciudad] donde la ley es el amo de los dirigentes y donde los dirigentes son los esclavos de la ley, veo llegar la salvación y con ella todos los bienes que los dioses conceden a las ciudades" (Leyes, IV, 715 d). Estas dos frases nos recuerdan que, para toda la filosofía clásica, la ley es tanto una contraseña como un concepto destinado a resolver las cuestiones tan difíciles del gobierno del hombre por el hombre (política) y del gobierno del individuo por sí mismo (moral). (Kervégan 2001: 916) (1).

### Concepto anglosajón

La tradición anglosajona se remonta a la trascendental Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215 y a la jurisprudencia acumulada durante siglos, como el texto del juez Henry de Bracton (1250): "El rey no debe estar sujeto a un hombre, pero sí a Dios y a la ley, porque es la ley lo que lo hace rey".

Asimismo, su más acabada formulación es propia del sistema político de la Revolución inglesa construido sobre el *Bill of Rights* de 1689. Su sentido esencial era la limitación del poder del rey, garantizando el poder legislativo del Parlamento inglés. La fascinación que este sistema produjo en Montesquieu y en los pensadores políticos franceses del siglo XVIII llevó a la formulación del principio de separación de poderes, que se procuró explícitamente aplicar a los sistemas políticos revolucionarios construidos a partir de la Independencia de Estados Unidos (1776) y de la Revolución francesa (1789).



### Friedrich Hayek y Lon Fuller

Friedrich Hayek y el profesor Lon Fuller mantienen esa idea de que lo que distingue a un país libre es precisamente el respeto por el "imperio de la ley" (*rule of law*). Es un ideal complejo que comprende principios formales y procedimentales acerca de cómo deben ser las normas jurídicas y cómo deben ser administradas, pero Hayek explica su núcleo en términos simples: "el Estado ha de estar sometido en todas sus acciones a normas generales, fijas, públicas y previamente conocidas, aplicadas por tribunales imparciales e independientes, de forma que los ciudadanos puedan orientar su conducta por ellas y anticipar con seguridad razonable cómo actuarán las autoridades". El profesor Lon Fuller habla de la "moralidad interna del derecho" para referirse al "imperio de la ley", entendido como un conjunto de exigencias morales que los sistemas legales deben cumplir, aunque obviamente no todos lo cumplen ni lo cumplen en igual medida.

Ahora, los resultados que ha tenido este ideal jurídico-político quedan evidenciados en la última investigación del politólogo estadounidense Francis Fukuyama, quien, en su último e interesante libro *Los orígenes del orden político* (2), demuestra que, el éxito de los países de bienestar se ha debido básicamente a tres factores: el imperio de la ley, la solidez de la institucionalidad y el sentido de responsabilidad. Esa es la clave de la bóveda para llegar a Dinamarca.

Consideremos, igualmente, la profunda significación política de que toda autoridad nace de la ley y su ejercicio es nulo y sin efecto fuera de los límites que marca la ley. En la oración "*Pro Cuentio*" Cicerón nota que "de las leyes son ministros los magistrados, de las leyes son intérpretes los jueces, de las leyes, en fin, todos somos esclavos porque podemos ser libres" (Viola, 2017: 39). De no ser así, los derechos de los particulares quedarían a merced de la voluntad cambiante de los gobernantes y la ley no ofrecería un marco seguro y estable para la convivencia en libertad.

Veamos ahora un valioso recorrido que describe la profesora Marcilla (2017: 179) de las variadas manifestaciones empíricas de juridicidad, entendidas estas en su contexto político, social,

### EL IMPERIO DE LA LEY NO SOLO ES UN IDEAL QUE PRETENDE UNA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DEL PODER DE CREACIÓN DE NORMAS, SINO TAMBIÉN DE APLICACIÓN DEL DERECHO. DE ESA MANERA SURGE: LA EXIGENCIA DE LEYES ÚNICAS, GENERALES, ABSTRACTAS, ESTABLES, CLARAS, PRECISAS, PÚBLICAS, NO RETROACTIVAS, JERÁRQUICAMENTE SUPERIORES A LA COSTUMBRE Y A CUALESQUIERA OTRAS FUENTES DE DERECHO NO RECONOCIDAS POR LA LEY; LA SEPARACIÓN DE PODERES, LA IGUALDAD, LA NECESIDAD DE GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES, CON PENAS ÚTILES Y PROPORCIONADAS Y LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

económico, cultural, etcétera, desde la antigüedad clásica o grecorromana, pasando por la alta y baja edad media, el tránsito a la modernidad, el Derecho del Estado liberal, del Estado contemporáneo, terminando con una aproximación a las extraordinarias transformaciones jurídicas de los presentes modelos de legalidad.

El imperio de la ley en el tránsito a la modernidad. En el tránsito a la modernidad (Peces-Barba, 1982), la expresión "imperio de la ley" permite distinguir entre el ejercicio del poder y su manifestación o expresión formal; entre la voluntad política del príncipe y su cristalización en normas. Entre sus propiedades definitorias, cobra relevancia la centralización de la producción jurídica en el príncipe. En esta etapa, el papel fundamental de la idea de imperio de la ley es el de introducir un mayor grado de institucionalización del orden jurídico, sustituyendo la multiplicidad de centros productores de normas, propia del Medievo, por una única fuente de Derecho: la ley. De esa manera, queda la costumbre subordinada a la ley. Asimismo, el concepto de imperio de la ley implica desvincular a los jueces del *ius commune* romano-canónico. (...). (García-Pelayo, 1968).

En la Ilustración y en las revoluciones burguesas (4). El iusnaturalismo racionalista añade propiedades al concepto de imperio de la ley. La noción de imperio de la ley es la incorporación de la filosofía del "contrato social": mencionar el "imperio de la ley" equivale a reemplazar la legitimación sobrenatural de la organización política y jurídica por una fuente de legitimidad humana. Las leyes del Estado pueden disciplinar la conducta de los individuos, porque los propios individuos han decidido estar sujetos al Derecho. En la versión hobbesiana, individuos libres e iguales en derechos suscriben un contrato, en virtud del que aceptan renunciar a sus derechos en favor del Leviathan (Hobbes, 1651). Locke concibe el imperio de la ley en términos de cesión de poder a las instituciones, pero limitada al respeto de los derechos naturales (libertad y propiedad). J.J. Rousseau encuentra la fórmula para hacer valer el imperio de la ley en la coincidencia entre autores y destinatarios de las normas, siendo en ella la ley expresión de la voluntad del pueblo (Rousseau, 1762).

El imperio de la ley no solo es un ideal que pretende una especial configuración del poder de creación de normas, sino también de aplicación del Derecho. De esa manera surge: la exigencia

de leyes únicas, generales, abstractas, estables, claras, precisas, públicas, no retroactivas, jerárquicamente superiores a la costumbre y a cualesquier otras fuentes de Derecho no reconocidas por la ley; la separación de poderes, la igualdad, la necesidad de garantías penales y procesales, con penas útiles y proporcionadas y la vigencia del principio acusatorio (Ferrajoli, 1989; Gascón, 1997; Prieto, 1998).

► En el Estado de derecho (5). En el seno del constitucionalismo primigenio (finales del siglo XVIII), Occidente comparte una concepción muy semejante de imperio de la ley, caracterizada por exigir a los poderes públicos altas dosis de racionalidad en el ejercicio de las competencias de creación y aplicación del Derecho, y condicionando a las autoridades al cumplimiento de tales exigencias de racionalidad a fin de justificar su legitimidad o aceptabilidad.

El diseño institucional norteamericano se decantó por una versión más bien "lockeana" de imperio de la ley. El sistema de judicial *review* pone de relieve que el ideal del imperio de la ley se trata de llevar a la práctica mediante la supremacía de los mandatos constitucionales, que vinculan al propio legislador. Convergen en esta interpretación del imperio de la ley dos circunstancias: primera, Norteamérica, como antigua colonia, había experimentado los excesos del legislador, de los que quería precaverse mediante la justicia constitucional. Segunda, su tradición jurídica es la del *common law*, basada en el respeto al precedente judicial. En cambio, los ordenamientos jurídicos europeos encuentran el referente del imperio de la ley en la concepción "rousseauniana" o "legalista": el juez debe estar encadenado a la ley para no incurrir en la restitución de antiguos privilegios, pero el legislador representa al pueblo y dicta normas generales y abstractas.

► En el Estado Constitucional de Derecho (6). La tragedia que significó la Segunda Guerra Mundial condujo a una suerte de recuperación del consenso en Occidente sobre una noción "densa" de imperio de la ley, más próxima a la versión constitucionalista estadounidense: el imperio de la ley significa una apuesta decidida por la democracia representativa, pero introduciendo el contrapeso de la justicia constitucional. La preeminencia de este sentido de imperio de la ley obedece, entre otros factores, a la rehabilitación de la razón práctica, en el plano filosófico-político, y al retorno a una suerte de iusnaturalismo, en el plano propiamente iusfilosófico: solo es válida la ley "justa" o al menos la que no incurre en "injusticia extrema" (Radbruch, 1946). ►

[1] Diccionario de Ética y de Filosofía Moral. Monique Canto-Sperber (Coordinador). FCE. 2001. pág. 776.

[2] Los orígenes del orden político. Desde la prehistoria hasta la Revolución francesa. FRANCIS FUKUYAMA. Traducido por Jorge Paredes. 2016.

[3] Este recorrido del imperio de la ley a través de los modelos de Estado se ha tomado de: MARCILLA CÓRDOVA. Gema. Imperio de la Ley. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 177-185.

[4] Ibid. pág. 179.

[5] Ibid. pág. 181.

[6] Ibid. pág. 182.