



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO.

UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA POLÍTICA

Claudio Contreras

Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias
Jurídicas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad Nacional de La Plata
Director: Dr. Ricardo Sebastián PIANA

La Plata

2014

Índice

Capítulo I. El retorno del Estado de Derecho	5
I.1. La construcción de una interpretación	8
I.2. Las experiencias históricas del Estado de Derecho	12
I.2.1. El <i>Rechtsstaat</i>	13
I.2.2. <i>Rule of law</i>	17
I.2.3. La versión americana del <i>rule of law</i>	21
I.2.4. <i>L'état de droit</i>	23
I.2.5. La excepción fundante del <i>rule of law</i> inglés	27
Capítulo II. La construcción de un cuadro teórico	32
II.1. Los presupuestos filosófico-políticos.....	33
II.2. El principio de difusión del poder	38
II.2.1. La unicidad del sujeto jurídico	39
II.2.2. La igualdad jurídica de los sujetos individuales	40
II.2.3. La certeza del derecho.....	41
II.2.4. El reconocimiento constitucional de los derechos subjetivos	43
II.3. Principio de diferenciación del poder	45
II.3.1. La delimitación del ámbito del poder político y de la aplicación del derecho	48
II.3.2. La separación entre instituciones legislativas e instituciones administrativas.....	48
II.3.3. La primacía del Poder Legislativo, el principio de legalidad y la reserva de legislación	49
II.3.4. La subordinación del Poder Legislativo al respeto de los derechos subjetivos constitucionalmente definidos.....	50
II.3.5. La independencia del Poder Judicial.....	50
Capítulo III. El estatuto epistemológico, la estructura filosófico-política y los límites de validez de la teoría del Estado de Derecho	51
III.1. El estatuto epistemológico	52
III.2. Estado de Derecho y teoría de los derechos subjetivos.....	54
III.2.1. Estado de Derecho y democracia	55
III.2.2. Constitución, derechos subjetivos y soberanía popular	57
III.2.1.1. <i>La aproximación liberal</i>	57
III.2.1.2. <i>La aproximación democrática</i>	59
III.3. Una alternativa	60
III.4. Fundamento y universalidad de los derechos subjetivos.....	63
III.5. Los límites de validez de la teoría	68
III.5.1. Las relaciones interestatales	68
III.5.2. El orden mundial	70
Capítulo IV. El Estado de Derecho en crisis	73

IV.1. La crisis de la capacidad regulativa de la ley y la inflación del derecho.....	75
IV.2. La decreciente efectividad de la protección de los derechos	78
IV.3. La erosión de la soberanía del Estado nacional	82
Capítulo V. Conclusiones.....	85
V.1. El Estado de Derecho como orden político mínimo.....	87
V.2. La inflación internacional del Bill of Rights.....	89
V.2.1. <i>Law in books y law in action</i>	90
V.2.2. Gobierno de los hombres y gobierno de las leyes.....	91
V.2.3. Cultura jurídica y formación de los jueces.....	93
V.3. La lucha por el derecho	93
Bibliografía	98

Capítulo I. El retorno del Estado de Derecho

En las últimas décadas del siglo XX, cerrado el largo paréntesis que devino después de la Segunda Guerra Mundial, el “Estado de Derecho” se ha afirmado como una de las fórmulas más afortunadas de la filosofía política y de la filosofía jurídica occidentales¹.

El léxico teórico de estas disciplinas –es decir, la filosofía jurídica y la filosofía política– registra, junto a la expresión que podríamos denominar europeo-continental de “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*, *état de droit*) también la de *rule of law*, típica de la cultura anglosajona, pero sin embargo universalmente difundida.

No obstante el uso promiscuo que en el continente europeo se haya hecho de las dos expresiones, es decir, Estado de Derecho y *rule of law*, la coincidencia conceptual no es pacífica. La misma deformidad terminológica y la notable dificultad de traducción

¹La confirmación de la enorme utilización de esta noción es la referencia en el Tratado de la Unión Europea a los “principios del Estado de Derecho como fundamento de dicha unión”. También el “Plan de acción de El Cairo” (Cumbre África-Europa, auspiciada por la OUA y la UE, abril de 2000) incluye en su Cap. IV, Art. 53 una norma de adhesión a los “principios del Estado de Derecho”.

confirman fundamentalmente la diversidad de contextos culturales y la relativa independencia de las teorías².

Las dos fórmulas reenvían de hecho a tradiciones políticas y jurídicas netamente diferentes.

La primera ha tenido su origen en la cultura liberal alemana de la segunda mitad del siglo XIX y luego se ha difundido por el continente europeo, influenciando particularmente al derecho público emergente de la unificación italiana y al de la Tercera República Francesa.

La segunda, es decir *rule of law*, sienta profunda raíces en la historia política constitucional de Gran Bretaña, desde la conquista normanda hasta la era moderna, habiendo impreso un molde indeleble sobre las estructuras constitucionales de los Estados Unidos de América y de muchos otros países que se han visto influenciados por las instituciones británicas.

La equiparación conceptual entre “Estado de Derecho” y *rule of law* requerirá entonces de una argumentación cuidadosa tanto en el plano histórico como en el conceptual. Se puede observar que lo que hemos llamado el retorno del Estado de Derecho corresponde a circunstancias políticas y a orientaciones culturales que parecen justificar un acercamiento teórico que unifique, dentro de la categoría general del Estado de Derecho, o si prefiere dentro de la de *rule of law*, la noción continental y la noción anglosajona.

² Como es sabido Max Weber (1964) proponía la, por cierto, discutible fórmula de “dominación racional legal” para referirse al *rule of law*. Por otra parte, autores como MacCormick (1993) traducen *Rechtsstaat* con la fórmula también discutible *de state under law*.

En otras palabras, el Estado de Derecho retorna a Occidente después del eclipse del “socialismo real” (Hobsbawm, 1997) y de la crisis de los institutos representativos, en estrecha conexión con la doctrina de los derechos subjetivos o derechos fundamentales. Basta en este sentido pensar en autores como Ronald Dworkin (1988, 1989), Ralph Dahrendorf (1996), Jürgen Habermas (2005), Norberto Bobbio (1991), Luigi Ferrajoli (1997), entre otros.

Retorna como una teoría político jurídica que pone en primer plano la tutela de los “derechos del hombre”, es decir de aquellos derechos que una larga serie de constituciones nacionales y convenciones internacionales han definido, en el transcurso de los siglos XIX y XX; en particular el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad, a la propiedad privada, a la autonomía de la voluntad, y los derechos políticos. En este contexto llamado por Bobbio “el tiempo de los derechos” (1991), discutir por el Estado de Derecho o indistintamente por el *rule of law* significa abogar por un riguroso direccionamiento de las instituciones políticas y de los aparatos jurídicos a la garantía de los derechos subjetivos.

Se puede entonces sostener, contra las recurrentes interpretaciones formalistas del Estado de Derecho, que sus institutos son hoy explícitamente pensados tanto por los teóricos europeo-continetales como por los anglosajones a la luz de una filosofía política “individualista”. Esta filosofía no solo se ha desligado definitivamente del organicismo social, del utilitarismo colectivista y del estatalismo sino que subordina la

dimensión pública y el interés general al primado absoluto de los valores y de las expectativas individuales³.

Es la realización de estos valores y la sofisticación de estas expectativas lo que los teóricos del Estado de Derecho –tanto en el continente europeo como en el mundo anglosajón– asumen hoy como la fuente primaria de legitimación del sistema político.

Esto obviamente no implica subvaluar las particularidades normativas e institucionales que han diferenciado las dos tradiciones y mucho menos significa ignorar la pluralidad de caminos político-constitucionales que se han desarrollado al interior de cada una de ellas.

I.1. La construcción de una interpretación

El lema teórico “Estado de Derecho” (*rule of law*) ha entrado sin duda a formar parte, como una fórmula prestigiosa, del lenguaje político y cultural de Occidente. La publicística política en particular ha hecho de esta fórmula un uso creciente y tiende a presentarla como una característica institucional que contribuye a diseñar la imagen misma de la civilización occidental.

Restan todavía sobre los perfiles conceptuales del “Estado de Derecho” incertidumbres y controversias⁴.

Es opinión difundida que la literatura especializada se ha empeñado escasamente en una determinación analítica que caracterice el Estado de Derecho bajo el perfil institucional y normativo y lo distinga de nociones contiguas con las cuales a veces se lo

³ Entre los autores que sostienen una concepción formalista del *rule of law* se puede ver: Raz (1985a, 1985b, 1991, 2001). Para una alternativa entre las concepciones formalistas y las concepciones antiformalistas o éticas del Estado de Derecho ver trabajo de Arcos Ramírez (s/f).

⁴ En este sentido resulta interesante el trabajo de Shklar (1987).

ha confundido o deliberadamente identificado. Nos referimos a expresiones tales como “Estado Legal”, “Estado Liberal”, “Estado Democrático” y “Estado Constitucional”.

En el continente europeo la publicística teórico-política y los diccionarios enciclopédicos observan sobre este tema un llamativo silencio. Por otra parte, los correspondientes textos del mundo anglosajón se refieren exclusivamente a la tradición constitucional inglesa y a la noción específica de *rule of law*, con un ritual homenaje a la obra de Albert Benn Dicey⁵.

Se perpetúa así una larga tradición. Es verdad que ya Carl Schmitt en los primeros años de la década del treinta del siglo XX sostenía que el término Estado de Derecho puede significar cosas tan diversas como el término mismo “Derecho” y también cosas tan diversas como lo son las numerosas modalidades organizativas implícitas en el término “Estado”. Y agregaba sarcásticamente que era comprensible que propagandistas y abogados de todo género se apropiaran del término para difamar a sus propios adversarios como enemigos del Estado de Derecho (Schmitt, 1994; 2002).

Y no por casualidad había estado avanzada la hipótesis de que la secular fórmula se deba, como había ocurrido con el concepto de “derecho natural”, a razones vinculadas a su ductilidad y fungibilidad ideológica (Baratta, 1980). Y pudo ocurrir así por ejemplo que teóricos del fascismo italiano y del nacionalsocialismo alemán, desde Sergio Panunzio a Otto Koellreutter y Heinrich Lange, hayan reivindicado a favor de sus propios modelos políticos el título de “Estado de Derecho”.

⁵ Así, en el *Diccionario de Política* Editorial de Bobbio y otros (1991) no figura la expresión “Estado de Derecho”. Por otra parte, en *A Dictionary of Political Thoughts* de Scruton (1982) y en *The Blackwell Encyclopedia of Political Thoughts* de Miller y otros (1987) tampoco se hace mención al término.

Obviamente sería una grave ingenuidad ponerse a la búsqueda de una definición de “Estado de Derecho” semánticamente unívoca e ideológicamente neutral.

Una aproximación científica de este tipo, teniendo en cuenta el alto número de determinaciones jurídicas e institucionales que le han sido atribuidas y que le podrían ser atribuidas al “Estado de Derecho”, terminaría por proponer a todo evento el archivo del concepto y de la expresión correspondiente. Pero es claro que utilizando criterios análogos el entero aparato conceptual de las reflexiones teórico-políticas y teórico-jurídicas podría venir en ayuda de la comunicación científica, evitando que el concepto sea juzgado impreciso, inverificable y contaminado de juicios de valor.

Si partimos en cambio de los presupuestos epistemológicos inspirados en el convencionalismo cognitivo y el pragmatismo, lo que cuenta no es la univocidad semántica y la neutralidad ideológica de las proposiciones teóricas. Entonces, rápidamente su claridad y utilidad comunicativa entre campos enunciativos de naturaleza convencional, orientados a la comprensión y a la solución de problemas, se tornan más claras⁶.

Si se adopta una epistemología débil de este tipo se asigna a la teoría social el deber de elaborar interpretaciones coherentes, no definiciones explicativas de objetos propios que tiendan a recomendar a la aceptación de los interlocutores con argumentos persuasivos. Esto puede ser hecho y debe todavía ser hecho en cuanto a la problemática del Estado de Derecho.

⁶ Para una crítica del mito neopositivista de la precisión del lenguaje científico y en general para una aproximación epistemológica en las ciencias sociales de orientación post-empirista nos remitimos a la obra de Zolo (1989).

Si es así, una interpretación teórica coherente del Estado de Derecho deberá empeñarse, más que en una minuciosa documentación histórica y filológica de los caminos singulares de su respectiva literatura, en un intento de individualizar las referencias de valor, la modalidad normativa y las formas institucionales que acumulan las diversas experiencias que son reclamadas o han sido referidas a la noción de Estado de Derecho⁷.

Una interpretación de este tipo es por su naturaleza “nomotética” y por lo tanto selectiva y constructiva y esto comporta un amplio margen de discrecionalidad por parte del intérprete. Él será libre de decidir cuáles experiencias históricas recomprender dentro de su coherente interpretación general. Se tratará de dar relieve, más que a los desarrollos de la “historia interna”, por otra parte típicamente alemana de la noción de Estado de Derecho, a su “historia externa” (Baratta, 1980).

Y su “historia externa” es un camino teórico que se inicia con el proceso de formación del Estado Moderno Europeo⁸, y que puede ser reconstruida solo haciendo referencia, en términos implícitos pero diferenciadores a la tradición del liberalismo clásico, que va de Locke a Montesquieu, Kant, Humboldt y Constant⁹, entre otros.

Es un camino que incluye, en un único y grandioso escenario histórico político, tanto las guerras civiles inglesas del siglo XVII, las revueltas de las colonias americanas contra su

⁷ Para la noción histórico-teórica del Estado de Derecho ver Raz (1985a, 1985b, 1986a, 1986b, 1991, 2001) y Ferrajoli (1997, 2000, 2001, 2004, 2005a, 2005b, 2006b).

⁸ Ver Portinaro (2003), Poggi (1997), Sélér (1942), Strayer (1981), Naef (1973), Hall e Ikenberry (1991), Shennan (1976), Krader (1972), Skinner (1985, 1986, 2003), Anderson (1985), Oakeshott (2001), Crossman (2000), Black (1996).

⁹ Ver: Locke (1990, 1999, 2003, 2005a, 2005b), Montesquieu (1963, 1975, 1977, 1978, 1979, 1982, 1985, 1987, 1997, 2002, 2004a, 2004b, 2004c, 2005a, 2005b, 2006), Humboldt (1983, 1988, 1997), Constant (1943, 1968, 1985, 2002).

metrópolis, el constitucionalismo revolucionario en Francia, el proceso de formación del Reich en Alemania y las instituciones de la Tercera República Francesa.

Una elección interpretativa de este tipo dará entonces poco espacio al pensamiento alemán de la primera mitad del siglo XIX, a pesar de que esta corriente de pensamiento haya favorecido el nacimiento de la noción continental de “Estado de Derecho”. Nos referimos a autores tales como Stahl, Von Gneist, Von Mohl, Bähr, entre otros¹⁰.

De esta forma evitaremos dar cuenta de la circunstancia de que el Estado de Derecho en América septentrional se ha afirmado en el contexto no solo de la bien conocida revuelta contra las metrópolis coloniales, sino también sobre las especiales y particulares formas que adoptó la llamada conquista.

Deberá entonces ignorar las tesis de los teóricos nazis que, a diferencia de Carl Schmitt (2000b), y en polémica con él, no han rechazado el modelo del Estado de Derecho, sino que han tratado de buscar hacerlo compatible con la experiencia de un Estado totalitario que se presentaba como *Nationaler Rechtsstaat*, es decir, un Estado de Derecho, argumentaban, que en tanto que Estado legal hacía uso de la ley como un instrumento normativo, “general y abstracto”, y garantizaba la independencia política del Poder Judicial.

I.2. Las experiencias históricas del Estado de Derecho

Desde esta corriente interpretativa las “historias externas” del Estado de Derecho que merecen pleno relieve teórico son esencialmente cuatro. En primer lugar la experiencia del *Rechtsstaat* alemán, en segundo lugar la experiencia del *rule of law* inglés, en tercer

¹⁰ Sobre Von Mohl ver trabajo de Becchi (1993).

lugar la importante variación del *rule of law* norteamericano y por último la del *état de droit* francés.

La hipótesis aquí sostenida es que los elementos teóricos que emergen de estas cuatro experiencias pueden ser orgánicamente recompuestas en un modelo general.

Debería ser así posible atribuir una consistente identidad teórica a la noción de “Estado de Derecho” entendida como un Estado moderno en el cual al ordenamiento jurídico, no a otro subsistema funcional¹¹, le es atribuido la función de garantizar los derechos individuales, frenando la natural tendencia del poder político a expandirse y a operar de manera arbitraria.

1.2.1. El *Rechtsstaat*

Como es sabido, la noción de Estado de Derecho fue introducida por Robert Von Mohl en la década del treinta del siglo XIX en el tratado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (Di Salvatore, 2006).

En esa obra, la libertad del sujeto es ya concebida como un objetivo central de la acción estatal (Becchi, 2003). Pero el *Rechtsstaat* se afirma en realidad en Alemania en el curso de la restauración sucesiva a la Revolución de 1848. Así asume la forma de un compromiso entre la doctrina liberal, sostenida por la burguesía influida por la Ilustración y la ideología autoritaria de las fuerzas conservadoras, sobre todo la monarquía, la aristocracia agraria y la alta burguesía militar.

¹¹ La problemática de los subsistemas funcionales, de clara inspiración luhmanniana, está íntimamente vinculado con la problemática de la autonomía de la política. Se trata, precisamente, de lo que cabe llamar la creatividad de la política, opuesta a la de ser en cambio dependiente de un sistema global según el cual ella actuaría dentro de márgenes y condiciones ya determinadas, lo que la vuelve débil, en todo caso ingenieril, de capacidad moderada, limitada y subsidiaria (Strasser, 2002). Véase también Luhmann (1998, 1997).

El sostenimiento teórico del compromiso constitucional, en el periodo que comprende el primer y el segundo imperio, es desarrollado con gran riqueza y refinamiento de instrumentos doctrinales por la ciencia *jus* publicística alemana, representada en particular por la obra de Georg Jellinek (2000, 2003), Otto Mayer (ver Di Salvatore, 2006) y Rudolf von Jhering (1947, 1957, 1961, 2003).

Inspirándose en el pensamiento de Kant y de Humboldt, esta corriente doctrinaria contraponen el Estado de Derecho al Estado Absoluto y al Estado de Policía, reelaborando en términos jurídicos positivos, según el “método jurídico”, elementos centrales del pensamiento liberal clásico, en particular el principio de la tutela pública de los derechos fundamentales y de la así llamada “separación de poderes”.

En esta revalorización alemana los dos principios liberales se traducen en la célebre teoría de los “derechos públicos subjetivos” construida por Jellinek (Quiroga Lavié, 1985) y en el primado de la ley como sistema de derechos personales, abstractos, generales y no retroactivos.

La teoría de los “derechos públicos subjetivos” es indudablemente una concepción estatista de los derechos individuales. En otras palabras, es la autoridad soberana del Estado, una autoridad en equilibrio entre el principio monárquico y la función representativa del parlamento, la que instituye los derechos subjetivos, “autolimitándose”.

No es la soberanía popular, como habían teorizado los revolucionarios franceses, la fuente de los derechos individuales. Por el contrario, la sola fuente originaria y positiva del derecho es el poder legiferante del Estado, en el cual se condensa la misma identidad espiritual del pueblo.

No por casualidad, como subraya críticamente Carl Schmitt (1994), la doctrina y la praxis constitucional alemana habían eliminado, siguiendo la lección kantiana, el “derecho de resistencia” del elenco de derechos de libertad¹².

En ausencia de una constitución rígida, que era la norma dentro del constitucionalismo europeo decimonónico, es el Poder Legislativo el que decide y disciplina la atribución y otorgamiento de los derechos subjetivos. Ellos quedan a exclusiva disposición del Poder Legislativo en aras de la “reserva de legalidad”. Esta posición anti contractualista, tal vez más cercana al constitucionalismo inglés que al francés, responde indudablemente a una preocupación moderada cuando no conservadora¹³. Esta registra, al mismo tiempo, una tendencia profunda del pensamiento constitucional alemán. Esto es, la exigencia que proviene de la lección historicista y anti *jus* naturalista de Savigny (2004), de una rigurosa secularización del ordenamiento jurídico y de los mismos derechos subjetivos.

A la libertad individual no se le reconoce un origen prepolítico como le era atribuido por el contractualismo de John Locke¹⁴.

De allí que resguarda el segundo axioma, el primado de la ley que se traduce en el “principio de legalidad”, en virtud del cual el sistema de reglas estatuido por el parlamento debe ser rigurosamente respetado por el Poder Ejecutivo y por el Poder

¹² Como se ha observado la contribución kantiana a la teoría del Estado de derecho coincide con la idea ético metafísica de que “el gobierno de las leyes” es tributario a los principios de una teoría moral general. Sobre el derecho de resistencia a la opresión ver Skinner, 1986.

¹³ Jellinek es un atento estudioso de la tradición constitucionalista inglesa y alemana que él tiende a contraponer a la filosofía contractualista de la Revolución Francesa. Ver Jellinek, 2003.

¹⁴ Se puede entonces sostener en general que el Estado de Derecho no reenvía necesariamente a una concepción contractualista aunque es verdad que los derechos civiles fundamentales son aquellos que Locke sostiene como fundamento para su contrato social: vida, seguridad, libertad, propiedad. Véase Locke, 2003.

Judicial, como condición de legitimidad de sus actos. Esta doble subordinación al primado de la ley viene enfáticamente concebida como la defensa más eficaz en la confrontación de toda prevaricación arbitraria y como la garantía suprema de los derechos individuales.

El posible uso arbitrario del Poder Legislativo no es traído obviamente en consideración por esta teoría del Estado de Derecho, dado que se asume la perfecta correspondencia entre voluntad estatal, legalidad y legitimidad moral, y se da por descontada la confianza de los ciudadanos en esta correspondencia.

Se ha sostenido por esta razón que la vacuidad legalística del Estado de Derecho alemán conduce a una especie de tautológica y formalística reducción de aquel a puro "Estado legal". En Alemania el *Rechtsstaat* no sería otro Estado que el derecho del Estado, caracterizado por un concepto de ley puramente técnico formal, es decir, la generalidad y abstracción de las normas.

Desvinculado de toda referencia a valores éticos y a contenidos políticos y no sometido a controles jurisdiccionales de constitucionalidad, este derecho estatal se revelaría paradójicamente arbitrario.

Irónicamente es el mismo Carl Schmitt, crítico severísimo del *Rechtsstaat*, el que reconoce que los procedimientos legislativos, con sus complicados mecanismos de pesos y contrapesos ofrecían significativas garantías de moderación y de protección de los derechos subjetivos contra los posibles abusos de la ley (Schmitt, 1994).

La protección de la libertad y de la propiedad más allá de todo formalismo legal y de toda “religión de la ley” fue en realidad el “contenido material”, político e ideológico del Estado de Derecho alemán¹⁵.

1.2.2. Rule of law

“El viento y la lluvia pueden entrar en la capa del pobre, no el Rey. Cada ciudadano inglés, no importa si es funcionario público o noble, está sometido del mismo modo a la ley y a los jueces ordinarios”. Así escribía en 1867 William Edward Hearn (2002), el autor al que se le puede atribuir el origen de la fórmula *rule of law*, como expresamente reconoce Dicey (1941) en las páginas de la Introducción de su célebre tratado *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, de 1885.

Los *guiding principles* constitucionales que caracterizan el Estado de Derecho inglés comprenden, ante todo, la igualdad jurídica de los sujetos independientemente del rango y de las condiciones económicas. No obstante la profunda desigualdad social, percibida como obvia, los ciudadanos son sometidos sin excepción a las reglas de la *ordinary law*, en particular, en tanto que resguarda las sanciones penales y la integridad patrimonial. Y estas reglas son aplicadas no por jurisdicciones especiales como lo fueron en la historia inglesa el *privy council* y la *star chamber* o como, según Dicey (*ibidem*), las cortes de justicia administrativa operantes en Francia, sino por tribunales ordinarios. La igualdad jurídica de los sujetos se opone no solo a la atribución de privilegios personales sino también al ejercicio arbitrario o excesivamente discrecional del Poder Ejecutivo.

¹⁵ Ver Forstohff, 1958, 1966, 1967, 1968, 1975, 1986.

El segundo principio guía es la sinergia normativa entre Parlamento y Tribunales Judiciales, una sinergia en el sentido preciso en el cual la regulación de los casos concretos es en Inglaterra el resultado de decisiones que provienen de dos fuentes que son de hecho igualmente soberanas. Por una parte está el *legislative sovereignty* del Parlamento y también de la corona de la Cámara de los Lores y de la Cámara de los Comunes, según la célebre fórmula del *King in Parliament*. Por otra parte está la tradición del *common law* gestionada por los jueces ordinarios.

La primera es una fuente jurídica formal, la segunda es una fuente jurídica efectiva. Las cortes ordinarias no tienen título alguno para atacar los actos del parlamento y no pueden ciertamente atribuirse la condición de “custodios de la Constitución”. Deben atenerse a la aplicación rigurosa de la ley y todavía lo son en un sentido muy complejo, siendo además vinculante el respeto de los precedentes, producto de la propia y autónoma tradición jurisprudencial. Es más, los *common lawyers* tienen en sus manos el instrumento de la interpretación de la ley que puede otorgar flexibilidad a la relación entre el dictado legislativo y la sentencia. En este sentido escribe Dicey (*ibidem*): “El parlamento es el supremo legislador, pero en el momento en el cual el parlamento ha expresado su voluntad legislativa, esta voluntad está sujeta a la interpretación de los jueces ordinarios, y los jueces son influenciados sea por las opiniones personales de los magistrados, sea por el espíritu general del *common law*”.

La soberanía de la ley, sea que ella emane directamente de un acto del parlamento, o que emerja de la mediación jurisprudencial de las cortes del *common law*, es entonces concebida y ejercitada en la confrontación de las prerrogativas discrecionales del Ejecutivo, dentro de un cuadro institucional que ha sido significativamente llamado “reino de la ley y de los jueces”.

El tercer principio resguarda la tutela de los derechos subjetivos. Esta tutela, en el curso de la secular tradición del constitucionalismo inglés, desde las garantías feudales de la Carta Magna a las reglas procedimentales del Habeas Hábeas, al catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la *Petition of Rights* o el en el *Bill of Rights*, ha sido asegurada más que por el Parlamento, por la jurisdicción de las cortes del *common law*.

Ha sido su extraordinaria capacidad de resistencia contra las pretensiones absolutistas de la monarquía la que tendió a favorecer el nacimiento de la “libertad de los ingleses”. Los mismos actos legislativos, como las *Habeas Corpus Act* de 1679 y de 1816, han sido precedidos por un largo trabajo jurisprudencial que el Parlamento en sustancia solo ha ratificado (Dicey, *ibidem*). Es más, las decisiones judiciales han desarrollado la función de salvaguardar los derechos de *liberty and property* del posible arbitrio no solo de la burocracia administrativa, dependiente de la Corona, sino también del Parlamento. Ya Edward Coke había sostenido que los jueces ordinarios debían considerar nulo y en consecuencia no aplicar cualquier acto del Parlamento que hubiese sido juzgado “*against common rights and reason*” (Coke, 2003) y dos siglos después Dicey (*ibidem*) repetiría que una de las funciones que de hecho venían desarrolladas por las *common law courts* era aquella de hacer valer, de ser necesario también en confrontación con el Parlamento, la *supremacy of ordinary law* en cuanto regla general de la constitución.

Los jueces del *common law* profesionalmente empeñados en el respeto de los “precedentes” no podían más que ser intransigentes adversarios de toda forma de arbitrio potestativo. Complexivamente, la originalidad del régimen constitucional del *rule of law*, tal como subrayó Blackstone (2003), reside en el hecho de que en Inglaterra el carácter difuso y diferenciado de los poderes no se debe a actos de imperio del

Estado o de la “voluntad general” de una asamblea constituyente, expresión “contractualista” de la soberanía popular. Y no depende tampoco de una constitución escrita, rígida y normativamente jerarquizada, según la orientación que se afirmó en los Estados Unidos y en todo el continente europeo.

En Inglaterra el Parlamento puede modificar en todo momento la constitución y no existe un órgano destinado al control de constitucionalidad de los actos legislativos.

La estructura constitucional inglesa depende de una secular tradición que tiene raíces en conflictos políticos, actos normativos, costumbres, prácticas y precedentes no necesariamente jurídicos, que en algunos casos antecede al nacimiento de lo que hoy conocemos como el Estado Moderno y a la misma filosofía liberal.

Se trata de una tradición normativa en gran parte no escrita que entiende vincularse a una milenaria *ancient constitution*, cuya validez deriva no de orígenes míticos o trascendentes o del valor universal de sus contenidos, sino de su *antiquity*. Ella depende de su particularísima cualidad de *law of the land*, respetada y transmitida de generación en generación y fruto de históricas batallas¹⁶.

El *rule of law* no es sino de modo muy directo una teoría jurídica del Estado o su juridización o constitucionalización. Ello se distingue claramente del “Estado legislativo alemán” y en general europeo continental, donde los jueces son funcionarios estatales que aplican la ley del Estado y donde los mismos derechos individuales son “puestos” por el Parlamento.

Bajo este perfil el *rule of law*, como ha escrito Dicey (1941), es “*a distinctive characteristic of the English Constitution*”.

¹⁶ Sobre el mito de la “constitución antigua” como fundamento del *common law* y sobre la intervención “racionalizadora” antes de William Blackstone ver Pocock (1987).

I.2.3. La versión americana del *rule of law*

Dicey consideraba a la estructura constitucional de los Estados Unidos un típico ejemplo del *rule of law*, por la simple razón de que los padres fundadores estaban directamente inspirados en la tradición inglesa. De matriz inglesa era sin dudas la atribución tanto al Poder Judicial como al Parlamento –y no solo a este último– del deber de proteger los derechos individuales contra los posibles abusos del Ejecutivo o del Legislativo.

Era tanta la influencia del precedente inglés que no se incluyó en la Constitución de los Estados Unidos un *Bill of Rights*. Como es sabido, la Carta de Derechos fue introducida en las primeras diez enmiendas constitucionales en 1791 y en una enumeración por cierto no taxativa. En la evolución institucional sucesiva a la declaración de la Independencia y a la aprobación de la Constitución, la línea moderada de Alexander Hamilton y James Madison prevalecieron sobre la filosofía más radical de Thomas Jefferson y de Thomas Paine, más cercanas a las doctrinas francesas de la soberanía popular y del poder constituyente. Resulta en este punto interesante remarcar que en los últimos años se ha producido un importante debate acerca de las influencias ideológicas sobre la Revolución Americana. Esto ha puesto de relieve que no solamente incidieron en el proceso de “creación de la república” las ideas liberales en boga en esa época, sino¹⁷ que también lo hicieron las ideas republicanas que, influenciadas a su vez por el humanismo clásico vía Maquiavelo y James Harrington, tuvieron relevancia en los debates sobre la constitución americana. No pueden tampoco descartarse las versiones fundamentalistas de la libertad y de la propiedad, motivaciones de carácter

¹⁷ Ver Contreras, 2005.

religioso que habían sido extrañas a la ideología inglesa del *rule of law* y que también serían extrañas al *jus positivismo* del *Rechtsstaat* germánico¹⁸.

En los principios del texto constitucional pareció cristalizarse en clave *jus naturalista* la idea misma de soberanía. Y la soberanía de la constitución está puesta en directa oposición a la función legislativa del Parlamento Federal; considerada demasiado peligrosa para las libertades fundamentales y para el derecho de propiedad del mismo poder administrativo (Fioravanti, 2001).

El régimen constitucional estadounidense mostró muy pronto una precisa inclinación a las soluciones inspiradas en el liberalismo moderado, revelándose escasamente sensible al tema de la representación democrática y a la dinámica conflictual de los intereses sociales. Sin embargo fue muy sensible al tema, que estaría en el centro del liberalismo aristocrático de Alexis de Tocqueville (2002), de la necesidad de prevenir en términos formales la amenaza representada por las mayorías parlamentarias hostiles a las libertades individuales. Y precisamente el remedio elaborado fue el recurso a la *judicial review of legislation* y a la atribución, a partir de la sentencia del juez Marshall en la causa *Marbury vs. Madison*, de 1803, de un control de constitucionalidad de los actos legislativos por la Corte Suprema.

El poder del Parlamento Federal, en particular en el tema de los derechos subjetivos, es así fuertemente atenuado en una negación radical de toda posible conexión entre el reconocimiento de los derechos y las reivindicaciones normativas emergentes de los conflictos políticos motivados en nombre de la soberanía popular¹⁹. Se sostiene que el profesionalismo y el tecnicismo de los jueces expertos será los que garantizará, mejor

¹⁸ Ya Jellinek (2000) había subrayado los orígenes religiosos de la democracia estadounidense.

¹⁹ Conforme Banning (1978), Wood (1969, 1993), Baylin (1967) y Pocock (1987, 2002).

que el Parlamento, una correcta interpretación del texto constitucional, y por tanto una tutela imparcial y metapolítica de los derechos individuales.

Se trata de soluciones institucionales que, bajo el paradigma del *rule of law*, distancian la experiencia norteamericana de la inglesa. En Inglaterra, en las Cortes Ordinarias del *common law* ni siquiera organismos oficiales de nivel superior fueron jamás investidos de una función de *judicial review* en nombre de una superioridad normativa e inderogabilidad formal de los principios constitucionales.

La tutela de la “libertad de los ingleses” era confiada a la efectividad de una secular tradición jurisprudencial, no a diseños institucionales gestados por la burocracia judicial. También en el continente europeo, en el curso del siglo XIX, muchas de las cartas constitucionales serán flexibles y modificables por el Poder Legislativo.

1.2.4. L'état de droit

En Francia una explícita teoría del Estado de Derecho fue elaborada con un particular retardo. Ella se debe a Carré de Malberg, que opera en las primeras décadas del siglo XX en el contexto de la Tercera República (Carré de Malberg, 1998; Goyard-Fabre, 2002).

A diferencia de Dicey, que había concebido la idea del *rule of law* con completa independencia de la noción del *Rechtsstaat*, Carré de Malberg siente la influencia de la experiencia alemana y en parte también de la influencia norteamericana. Se puede decir entonces que mientras Dicey había reconocido la tradición constitucional inglesa reivindicando la autonomía y la excelencia, Carré de Malberg parece empeñado en reconocer la superioridad la doctrina alemana y estadounidense respecto del derecho público francés. En otras palabras, él intenta una síntesis teórica entre estas dos

experiencias que pueda ser aplicada a las instituciones francesas. Y mientras Dicey y los teóricos alemanes elaboran sus teorías sobre las bases de efectivas experiencias históricas de Estado de Derecho, Carré de Malberg propone su modelo de *état de droit* como alternativo a la realidad del constitucionalismo francés, sometiendo a una severa crítica las mismas instituciones de la Tercera República.

La tutela de los derechos subjetivos en confrontación con posibles actos arbitrarios de la autoridad estatal es también para Carré de Malberg como para los juristas alemanes el objetivo central del Estado de Derecho, que a estos fines “autolimita” su poder soberano, someténdolo a respeto de reglas generales, *erga omnes*. Pero la garantía de los derechos requiere, al parecer de Carré del Malberg, un profundo análisis de la tradición constitucional francesa, que incluya un examen crítico de la misma Revolución (Tocqueville, 2002). Las instituciones públicas francesas, sostiene, están dominadas por la omnipotencia del Parlamento, que parece haber heredado del absolutismo monárquico la titularidad monopólica de la soberanía estatal (Portinaro, 2003), por lo que este monopolio representa el mayor peligro para la libertad de los franceses (Carré de Malberg, 1998).

En Francia el vector más dinámico de la teoría revolucionaria fue la doctrina de la soberanía popular o nacional. Esta doctrina atribuía al Parlamento un poder absoluto respecto de los otros poderes del Estado, porque este era el único órgano que podía reivindicar una directa investidura popular. Y la “ley” era concebida, como lo hiciera Rousseau (2004), como la expresión de la voluntad general de la Nación, a cuya prescripción el Poder Ejecutivo debía rigurosamente atenerse. En cuanto al Poder Judicial, en las declaraciones de derechos y en los textos constitucionales de la Francia revolucionaria había sido objeto de prescripciones exclusivamente negativas. En otras

palabras, los jueces no debían intervenir o inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo y no tenían poder alguno de suspender la ejecución de las leyes²⁰. Esta cuestión, que era la consecuencia del rol desarrollado por la magistratura del *ancien régime*, hacía del equilibrio constitucional francés algo profundamente diferente tanto respecto a Gran Bretaña como a los Estados Unidos.

Más aun, la idea rousseauiana de la imprescriptibilidad e inalienabilidad de la soberanía popular había inspirado en el autor de gran prestigio Emmanuel-Joseph Sieyès la célebre distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués* (Sieyès, 2003)²¹.

El poder constituyente entendido como el gran legislador colectivo que define los valores elabora los principios y pone las reglas que fundan la comunidad política, es un poder prejurídico que no se somete, en el acto originario que da vida al Estado, a sus “poderes constituidos”. A diferencia de estos últimos, que son poderes limitados, el poder constituyente es un poder dotado de una energía ilimitada sustraído hasta de los mismos límites normativos establecidos en el texto constitucional. Así, el Artículo 28 de la Constitución jacobina de 1793 establecía en términos más explícitos que el pueblo tiene siempre el derecho de reír, reformar y cambiar la Constitución y que ninguna generación tiene el deber de someterse a las leyes establecidas por generaciones precedentes.

Del voluntarismo normativo de esta doctrina radical democrática se derivan dos consecuencias de gran relieve. En primer lugar, el parlamento tendía a ejercer

²⁰ Conforme el Artículo 3, Cáp. 5, Título 3 de la Constitución de 1791.

²¹ Para un análisis interesante del poder constituyente y los poderes constituidos véase: Vanosi, 1975. Para una elaboración del concepto de Nación desde el punto de vista de la soberanía nacional en Sieyès se puede consultar a Campi, 2006.

simultáneamente los atributos del poder constituyente y del poder constituido, atribuyéndose entonces prerrogativas soberanas. Así reivindicaba en particular un permanente poder de revisión constitucional, sin límites, equivalente a la plenitud del poder constituyente.

En segundo lugar, se fue afirmando una orientación constitucional de neta aversión al llamado *gouvernement des juges* y una clara oposición tanto al instituto de la rigidez del texto constitucional como del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Carré de Malberg se opone enérgicamente a esta tradición jacobina en nombre de una concepción del Estado de Derecho en el cual todos los poderes, incluso el Legislativo, están subordinados al derecho. En este cuadro el Parlamento no es más que uno de los poderes constituidos y en ningún modo un poder constituyente; y sus funciones deben ser sometidas a límites y controles, exactamente como ocurre para el poder administrativo.

Somete a los actos de la administración, al principio de legalidad, y lo que es más importante, a la garantía de una plena tutela de los derechos individuales. De esta forma el *état legal* no es todavía un *état de droit*.

Un auténtico Estado de Derecho debe proveer a los ciudadanos de los instrumentos legales para oponerse también a la voluntad del legislador cuando sus actos violen sus derechos fundamentales (Carré de Malberg, 1998). Para ello se requiere, sino el instituto de la *judicial review of legislation*, que Carré de Malberg teme que sea improponible en Francia, al menos una neta distinción entre una carta constitucional y las leyes ordinarias, distinción que supraordene la primera a la segunda e imponga al Parlamento el deber de respetar los límites jurídicos puestos por la Constitución, renunciando a toda pretensión constituyente (*ibidem*).

I.2.5. La excepción fundante del *rule of law* inglés

Las cuatro experiencias históricas de Estado de Derecho que se han examinado presentan perfiles distintivos tanto en el plano normativo como en el plano institucional. Y esto es posible demostrarlo utilizando tres parámetros comparativos, a saber: la atribución de la soberanía, la función constitucional y la modalidad de tutela de los derechos subjetivos.

El *Rechtsstaat* alemán concentra los atributos de la soberanía en el Poder Legislativo, que goza de un absoluto primado normativo sobre los otros poderes. La Constitución es escrita, pero al mismo tiempo flexible, y no supraordenada a la ley ordinaria, y tampoco asistida de una jurisdicción constitucional. La tutela de los derechos subjetivos es confiada exclusivamente al Parlamento, que es a la vez la fuente originaria y el garante de su existencia.

También en la experiencia inglesa del *rule of law* la soberanía pertenece al Parlamento, pero este órgano ejercita su primacía normativa casi exclusivamente en confrontación con el Ejecutivo. La Constitución inglesa no solo no es escrita, sino que ni siquiera es en sentido estricto un acto o una costumbre de naturaleza jurídica. Es el conjunto de las tradiciones judiciales, de los actos normativos, de las convenciones y de las prácticas sociales que concurren a limitar y controlar al Poder Ejecutivo. La elaboración normativa de los derechos subjetivos y su tutela son funciones atribuidas a las cortes ordinarias del *common law*.

La variante norteamericana del *rule of law* propone una soberanía estatal aun más limitada, distribuida y diferenciada. La soberanía termina por coincidir simbólicamente con la supremacía normativa de un texto constitucional escrito y sustancialmente rígido

que somete a límites todos los poderes del Estado, incluso el Poder Legislativo. La definición de los derechos individuales y su tutela dependen en gran parte del poder de interpretación de los poderes constitucionales ejercitados por el Poder Judicial.

En el modelo del *état de droit* propuesto por Carré de Malberg, la soberanía coincide con el primado del Parlamento, entendido como expresión de la soberanía popular. Pero el Parlamento no es un poder constituyente, sino tan solo uno de los poderes constituidos, por lo que también sus funciones deben ser sometidas a límites y controles. En el Estado de Derecho los ciudadanos disponen de remedios legales contra los actos del legislador, no solo contra aquellos de la administración, cuando son lesivos de sus derechos fundamentales.

Es innegable que aquí nos encontramos frente a experiencias político-culturales y regímenes muy diversos, tanto en relación a la soberanía de las fuentes normativas, a las técnicas constitucionales de limitación y diferenciación de los poderes estatales, como, en fin, a todo lo que resguarda el fundamento de los derechos subjetivos y la modalidad de su tutela.

Bajo estos tres perfiles emerge con nitidez una gran división en la historia occidental del Estado de Derecho. Por una parte nos encontramos con la “excepción fundante” del *rule of law* inglés y por otra parte –aunque entre ellos posteriormente diferenciados– la experiencia del *rule of law* norteamericano y del Estado de Derecho europeo continental (MacCormick, 1998).

Lo que hace del constitucionalismo inglés un fenómeno al mismo tiempo excepcional y fundante es, como ha subrayado Carl Schmitt, el ser un derecho consuetudinario viviente. Se trata de un “derecho constitucional” alimentado menos por la reflexión teórica y la sistematización conceptual, que por una larga tradición de ajuste práctico

del derecho por parte de un concepto jurídico “privado” y “autónomo”. Este aspecto no se identifica con el Estado, es más, se puede decir que del Estado ni siquiera usan o conocen el nombre, y los *common lawyers* tienden prontamente a interpretar la historia política, los conflictos sociales y el *ethos* normativo de un pueblo elaborando una cultura jurídica socialmente difusa (Schmitt, 1996).

La misma formulación de los derechos individuales no depende de inferencias doctrinales extraídas de principios de una constitución escrita o de una codificación. Es el fruto de inducciones y generalizaciones normativas a partir de decisiones particulares de las cortes en temas de libertad, propiedad y contratos. La fractura entre *law in books* y *law in action* que los *jus* realistas americanos y escandinavos habían denunciado como una constante del positivismo jurídico y del normativismo, parece ser del todo extraña a la tradición garantista del *common law*.

En Inglaterra la Constitución es por su naturaleza dúctil y flexible, pero ello no le impide ser rigurosamente aplicada por las cortes ordinarias, a diferencia de los que sucede en el continente europeo. Como sostiene Dicey, las solemnes y redundantes declaraciones constitucionales que contienen abstractas enunciaciones de principios privan a los ciudadanos de adecuadas garantías procesales y por esto están destinadas a permanecer en gran parte sin aplicación (Dicey, 1941). La Constitución inglesa no es una serie de principios y de reglas generales que sean fruto, *alla* Rousseau, de la voluntad constituyente de una elite política. No es el “manual normativo” de la nueva sociedad que los representantes del pueblo o de la nación han decidido asumir como guía para la construcción de un orden perfectamente racionalizado del derecho.

Coherentemente, la tutela de los derechos individuales no está fundada en valores universales, deducidos de “naturaleza” moral o racional de los hombres. El carácter

particularístico y singular de la “libertad de los ingleses”, en cuanto radica en el *law of the land*, carece de ambiciones universalistas y es, como hemos visto, referido dentro de la tradición del *common law* de Coke (2003) y Blackstone (2003) a Dicey (1941). Este particular y localístico constitucionalismo inglés ha operado paradójicamente como el núcleo generador de toda la experiencia occidental del Estado de Derecho, como el paradigma ejemplar de la protección de los derechos individuales. De esta forma la llamada “libertad de los ingleses”, de la Carta Magna al *Bill of Rights*, ha sido abiertamente reconocida tanto en América como en el continente europeo, por los federalistas americanos, los revolucionarios franceses y hasta por lo teóricos alemanes de los “derechos públicos subjetivos” (Bobbio, 1991).

Al mismo tiempo, sin embargo, el *rule of law* inglés se ha revelado privado de toda capacidad transitiva en el plano de las técnicas constitucionales y de los mecanismos institucionales de garantía formal de los derechos. De aquí nace aquello que puede ser llamado la “gran división” del constitucionalismo occidental. En los Estados Unidos, como en Alemania, Francia, Italia y en otras experiencias de democracia liberal, no es el modelo de una constitución no escrita y por tanto flexible el que se ha afirmado. Y no ha hecho raíz ni siquiera la idea de que sea superflua o acaso contraproducente la catalogación normativa de los derechos fundamentales. Y mucho menos la asunción de que las libertades fundamentales puedan ser mejor tuteladas por los jueces y los juristas prácticos.

En los Estados Unidos y en el continente europeo, aunque con modalidades diferentes y tiempos diversos, prevalece el modelo de una constitución escrita y de un explícito catálogo de derechos tendencialmente “universales”. Constitución y cartas de derechos son concebidos como expresiones de la soberanía del grupo social que se organiza en

forma estatal y establece como fundamento de su vida política algunos principios que considera inviolables. Así toma cuerpo una tendencia a jerarquizar el ordenamiento jurídico de tal modo de subordinar la ley ordinaria al primado normativo de la constitución y por lo tanto, a irradiarla de principios y reglas constitucionales. Esta tendencia se desarrolla en el curso del siglo XX dando vida –sobre todo gracias a la obra de Hans Kelsen (1995)– a un verdadero y propio control judicial de constitucionalidad sobre la legislación ordinaria que va mucho más allá de la praxis estadounidense de la *judicial review*. A partir de la introducción en la Constitución austríaca de 1920 del célebre *Verfassungsgerichtshof*, se difunde en Europa el instituto de la Corte Constitucional que luego de Segunda Guerra Mundial tendría éxito en los países que sufrieron regímenes autoritarios o totalitarios, en particular Italia y Alemania, y más tarde, Portugal y España.

El trágico fin de la República de Weimar (Jacobson y Schlink, 2000), que había signado la crisis del parlamentarismo de la primera democracia alemana, incapaz de defender la Constitución de 1919, refuerza la idea de un tribunal que opere como “custodio” de la Constitución. Este tribunal deberá tener el poder de declarar *erga omnes* la invalidez de un norma legislativa juzgada constitucional, y no simplemente considerarla inoperante en un caso particular, según el modelo norteamericano.

Estrechamente conexas con estos importantes desarrollos político-constitucionales está la más reciente propuesta de una democracia constitucional (Ferrajoli, 2001).

Capítulo II. La construcción de un cuadro teórico

Las particularidades jurídico-constitucionales que diferencian las experiencias y las teorías del Estado de Derecho centran su mirada, como hemos visto, en la modalidad de atribución de la soberanía, los mecanismos constitucionales y las formas de tutela de los derechos subjetivos. Esto vale particularmente para la “gran división” que opone la versión inglesa del *rule of law* a las otras experiencias occidentales. La diversidad se atenúa fuertemente si se tienen en cuenta las cuestiones vinculadas a los aspectos filosófico-políticos que de alguna u otra manera están detrás de todos los “modelos” de Estado de Derecho. Así podemos decir que una amplia serie de institutos jurídicos y de estructuras políticas están presentes en forma sustancialmente equivalente en diversas experiencias. Y sobre la base de estas premisas es que la complejidad de la historia externa del Estado de Derecho puede ser legítimamente reducida sobre el plano teórico. De esta forma, deviene plausible el intento de recomponer la diversidad de las experiencias históricas en un cuadro teórico coherente y unitario, de forma tal de otorgar una precisa identidad conceptual a la noción de “Estado de Derecho”.

En este sentido, el Estado de Derecho es una versión del Estado moderno europeo, en la cual, sobre la base de asunciones filosófico-políticas específicas, se atribuye al

ordenamiento jurídico la función de tutelar los derechos subjetivos, contrastando la tendencia del poder político a expandirse y a operar de modo arbitrario.

En términos más analíticos, se puede sostener que el Estado de Derecho es una figura jurídica institucional, que resulta de un secular proceso evolutivo que lleva a la afirmación al interior de las estructuras del Estado moderno europeo de dos principios fundamentales: el de la “difusión del poder” y el de la “diferenciación del poder”²².

El “principio de difusión” tiende a limitar, con regulaciones explícitas, los poderes del Estado para de esta forma expandir el ámbito de la libertad individual. Ello implica por tanto, una definición jurídico-política de los poderes públicos y de su comportamiento con los poderes de los sujetos individuales, también ellos jurídicamente definidos.

El “principio de diferenciación” se entiende tanto como diferenciación del sistema político-jurídico respecto a otros subsistemas sociales, en particular el ético religioso y el económico, cuanto como criterio de delimitación, coordinación y regulación jurídica de distintas funciones estatales, sumariamente correspondiente a las posiciones de normas (*legis latio*) y a la aplicación de normas (*legis executio*).

II.1. Los presupuestos filosófico-políticos

Examinemos sobre todo los presupuestos filosóficos que acompañan las diversas experiencias históricas del Estado de Derecho y sus correspondientes teorías. Norberto Bobbio (1991) ha subrayado enfáticamente que el individualismo es la premisa filosófico-política general del Estado de Derecho y de la doctrina de los derechos fundamentales. Bobbio habla sin duda con una inevitable simplificación historiográfica

²² Cfr. Schmitt 1983, 1990, 1992, 1994, 1996, 1999, 2000a, 2001a, 2001b, 2002a, 2002b.

de *rovesciamento* en la relación entre Estado y ciudadanos. En otras palabras, de la prioridad de los deberes de los súbditos, en relación a la autoridad política y también religiosa, se ha pasado en Europa en el curso de la formación del Estado moderno (Skinner, 1985) a la prioridad de los derechos del ciudadano y al deber de la autoridad pública de reconocerlos, tutelarlos y finalmente promoverlos.

Dentro del Estado moderno europeo, soberano, nacional y laico (Zimmerman, 2005), la figura deóntica originaria –el deber– deja así el campo a una nueva y en gran parte opuesta figura deóntica, aquella de la expectativa o pretensión individual, colectivamente reconocida y tutelada en la forma del “derecho subjetivo”. En el plano histórico este cambio de perspectiva se perfila netamente en el curso de las guerras de religión que concluyen a mediados del siglo XVII con la Paz de Westfalia (Vallespin, 2000). En el corazón de estos conflictos toma cuerpo el derecho de resistencia a la opresión (Skinner, *ibídem*) y el derecho de los individuos a gozar de alguna libertad fundamental. Y estas libertades son consideradas fundamentales porque son metafísicamente asumidas como “naturales”. Entonces se puede afirmar que el modelo político-jurídico del Estado de Derecho se consolida en Europa, y es bueno subrayar que sucede solamente en Europa, porque luego de un largo curso de secular evolución político-antropológica emerge y deviene dominante una orientación de pensamiento que se opone al “modelo aristotélico”, aun en su versión “aristotélico-tomista” (ver Rosler, 2002 y Altini, 2005).

Abandonada la concepción organicista de la vida social que hace de la integración del individuo en el grupo político la condición misma de su humanidad y su racionalidad, emerge la perspectiva *jus* naturalista o, como ha sido propuesta, del “Derecho natural moderno” en oposición al “derecho natural antiguo” (Bobbio, 2006). A través de guías

muy complejas que remiten cuanto menos al voluntarismo de la teología franciscana de los siglos XIII y XIV y a sus desarrollos ockhamianos, sin olvidar la tradición conflictualista y democrático-radical que va de Maquiavelo²³ a Spinoza, toma vigor la noción de derecho subjetivo como “derecho natural”.

Es un derecho entendido como *jus* en oposición a la *lex*, en oposición por tanto al comando del soberano y al “derecho objetivo” del cual la *potestas* soberana es expresión y garantía. Decae, por tanto, la idea armnicista y nomológica del orden natural y de su estructura jerárquica, característica de las doctrinas clásicas, la *omonoia* de los griegos y la *concordia* ciceroniana, ampliamente desarrolladas por la escolástica católica²⁴.

En directa oposición a estas filosofías se consolida la primacía metafísica y social del sujeto humano y su “conciencia individual” tanto como de la autonomía moral y de la libertad política, en un contexto social que se quiere ordenado por la razón, la moral y el derecho. El derecho natural “antiguo” pierde su compatibilidad normativa y se fragmenta en una pluralidad de “derechos naturales” que no dependen de la voluntad del grupo, que no son acordados por la autoridad política y religiosa, pero que por el contrario la sociedad política debe reconocer como su presupuesto, como la condición misma de su legitimidad. La preservación de los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre” deviene, como quiere la Declaración de 1789, la base de toda asociación política²⁵.

²³ Cfr. Skinner, 1985; Black, 1996; Altini, 2005; Funes, 2005; Fernández Vega, 2005.

²⁴ Cfr. Skinner, 1985; Cicerón, 1989. Se puede consultar también la importante introducción de Sabine, 1958.

²⁵ Ver texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en <http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano>.

Sobre el terreno de la filosofía política y del derecho son dos los principios que han hecho de corolario a la tesis del primado ontológico del sujeto individual y del valor axiológico de su libertad y autonomía.

El primer principio es el pesimismo potestativo, es decir la idea de la peligrosidad del poder político; y el segundo el optimismo normativo, es decir la convicción de que es posible contrastar u oponer a la peligrosidad del poder el instrumento del derecho, entendido este sea como el complejo de los derechos subjetivos constitucionalmente garantizados o como la "juridización" de toda la estructura del Estado moderno. El pesimismo en confrontación del poder político parte de la asunción, tesis clásica del liberalismo europeo, de que el poder es, al mismo tiempo, funcionalmente necesario, pero socialmente peligroso. El poder, en particular en su modalidad represiva, es indispensable para garantizar el orden, la cohesión y la estabilidad del grupo político. Es peligroso, y aun más grave para las libertades individuales, porque está por su naturaleza inclinado a concentrarse, reproducirse y devenir arbitrario.

El pesimismo potestativo es también profundamente extraño a la filosofía aristotélico-tomista que asigna al poder político una función "ministerial" de servicio del "bien común" y lo concibe como la proyección de la autoridad ético-religiosa, cuando no directamente de la omnipotencia divina. Otro tanto vale para el organicismo político común al islamismo y a gran parte de las filosofías ético-políticas orientales, particularmente el confucianismo. Para estas doctrinas el individuo es compelido a obedecer lealmente el mando de la autoridad política, acerca de la cual no puede hacer valer pretensión jurídica subjetiva alguna.

La tesis pesimista resultará extraña tanto al optimismo revolucionario del marxismo como a las concepciones éticas del Estado que inspiraron a los regímenes totalitarios

del siglo XX especialmente el nacionalsocialismo alemán. Para Carl Schmitt es claro que la idea de que el poder político pueda ser juridizado y por tanto ejercitado según las reglas generales y “neutrales” del derecho, es una ilusión normativista, porque el poder es por su naturaleza “decisión” y por tanto discrecionalidad, parcialidad, particularismo y excepción²⁶. Decidir políticamente no significa respetar reglas, significa crearlas, *ex novo*, y en esto señalaba la específica y positiva función del poder político.

En oposición a las muchas versiones del optimismo potestativo –ético-religioso, revolucionario, totalitario– el pesimismo que inspira a los teóricos del Estado de Derecho exige, en primer lugar, que en el Estado estén presentes aparatos normativos y órganos institucionales que tengan la función de identificar, contrastar y reprimir el abuso y arbitrariedad del poder.

Para frenar el carácter arbitrario del poder político los teóricos del Estado de Derecho sostienen, en segundo lugar, que es necesaria y de alguna medida suficiente, la fuerza del derecho. El derecho positivo –no solamente el derecho natural– puede y debe operar como instrumento de ritualización del ejercicio del poder. En otras palabras, ocurre que los poderes del Estado, sobre todo el ejecutivo y el judicial, están vinculados al respeto de reglas generales. La “ley” como modalidad normativa “general y abstracta”, debe sustituirse a la *commissio*, es decir al comando personal del monarca y sus arbitrarias y no motivadas decisiones (Weber, 1964)²⁷. El derecho en cuanto “ley” puede obtener, a través de la imposición de formas y procedimientos generales más

²⁶ Para la crítica schmittiana al normativismo kelseniano véase Schmitt, 2001b.

²⁷ Véase especialmente el análisis sobre los tipos de dominación y en particular la dominación racional legal y las características salientes del orden jurídico típico de ese sistema de dominación. Para un estudio en profundidad de las relaciones entre legalidad y legitimidad además de Carl Schmitt, se puede consultar una interesante crítica en Guariglia, 1993.

que a través de prescripciones de contenidos o fines particulares, una drástica reducción de la discrecionalidad política. Un poder constreñido a desarrollarse según reglas generales y dentro de formas predeterminadas es de hecho un poder más transparente, o en todo caso menos opaco, y por lo tanto más visible y controlable por parte de los ciudadanos (Bobbio, 1996). Entonces dentro del Estado moderno europeo el ordenamiento jurídico es llamado a realizar una triple –problemática y en cierto modo ambigua– función. Esta es la de ser el instrumento del orden y de la estabilidad del grupo social en cuanto expresión normativa del poder de gobierno, sumada a la del mecanismo legislativo de ritualización y limitación del poder político y por último la estrecha y complementariamente relacionada función de garantía de los derechos subjetivos²⁸.

II.2. El principio de difusión del poder

El principio de difusión del poder opera como un criterio de atribución de facultades y poderes, jurídicamente reconocidos y sancionados, a los sujetos individuales. En el Estado de Derecho los individuos y también las formaciones sociales y las instituciones a las cuales ellos legítimamente dan vida son titulares de una amplia gama de pretensiones legítimas y de micro-poderes. Se trata de pretensiones de poderes que, gracias a su definición jurídica, pueden ser ejercitadas también contra los órganos del gobierno político, cuya esfera de ejercicio deviene consecuentemente limitada. El ordenamiento jurídico, con sus reglas de comportamiento, y sus vínculos procedimentales, no concurre solo a hacer más visible el ejercicio del poder político y a

²⁸ Heller H.: *Teoría del Estado*, FCE, Buenos Aires, 1942.

contrarrestar la intrínseca vocación despótica. Se limita también el ejercicio en el momento en el cual se define la esfera de “no interferencia política” a la protección de los derechos fundamentales del individuo, ante todo su libertad y propiedad. De este modo la titularidad de facultad, pretensión y poderes que el absolutismo monárquico había jerarquizado y concentrado en los órganos del gobierno político del Estado se distribuye socialmente. Fuera entonces de los espacios del poder oficial no están los “súbditos” sino ciudadanos titulares de poderes jurídicamente reconocidos.

En las experiencias históricas del Estado de Derecho el principio de difusión del poder se desarrolla esencialmente a través de los institutos normativos desarrollados en los siguientes apartados.

II.2.1. La unicidad del sujeto jurídico

El Estado de Derecho considera a todos los individuos como sujetos del propio ordenamiento jurídico. Esto significa, sobre todo, que a todos los miembros del grupo político les es atribuida una igual capacidad de ser titulares de derechos y de procedimientos con las consiguientes consecuencias jurídicas²⁹. Superando una tradición milenaria, en vigor en los ordenamientos jurídicos medievales –piénsese en el Edicto de Teodorico o en la misma Carta Magna–, el Estado de Derecho hace valer el principio de la unicidad y la individualidad del sujeto jurídico. También en su interior sobrevive obviamente la desigualdad de la condición femenina, focalizada particularmente en el derecho de familia y los derechos políticos. Y en relación a estos

²⁹ Las declaraciones explícitas del principio de igualdad ante la ley se encuentran en numerosos documentos, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a la Constitución Republicana Francesa de 1791.

últimos varios criterios de discriminación censitaria, teorizados tanto por Sieyès como por Kant, serán aplicados por mucho tiempo también en confrontación con los ciudadanos hombres. Pero a parte de estas “anomalías”, el Estado de Derecho cancela en Europa toda diferenciación de estatus jurídico, por ejemplo entre libres, libertos, siervos y esclavos³⁰. Y no reconoce más, como titulares de privilegios feudales, garantías de Cartas o estatutos *ad hoc*, la ciudad, las corporaciones, las baronías, o cualquier otra forma de canonjía.

II.2.2. La igualdad jurídica de los sujetos individuales

Todos los individuos son iguales frente a las leyes. Gracias al carácter general del instrumento legislativo, las situaciones subjetivas que se enmarcan en una determinada norma abstracta se comportan de igual modo, es decir, a la luz de los mismos principios normativos y según las mismas reglas. Iguales son entonces para todos las consecuencias jurídicas de los comportamientos jurídicamente equivalentes. Esto no significa que el Estado de Derecho tienda a equiparar a los ciudadanos en función de ciertos estándares finalísticos. La igualdad jurídica no debe ser confundida con la igualdad sustancial, entendida esta como una cierta igualación de las condiciones económico-sociales de los sujetos; ni tampoco puede ser confundida con un efectivo e igual goce de los derechos de los cuales se es formalmente titular. De hecho cada uno está en posición de usufructuar de los mismos derechos (léase, libertad de expresión, de enseñanza, de prensa, de asociación, de iniciativa económica, etc.), en modos y

³⁰ Esto no excluye que en América el Estado de Derecho haya de hecho reconocido como legítima la esclavitud de los negros africanos y que en el curso del siglo XIX sus instituciones hayan sido impuestas a poblaciones no europeas de formas coloniales y por lo tanto iliberales y discriminatorias.

cantidades diversas, y es solamente en relación a la concreta titularidad de tales derechos que este será tratado de modo igual respecto a otros titulares.

Bajo numerosos perfiles jurídicos, y no solo factuales, el propietario es distinto del que nada tiene, el trabajador en relación de dependencia no es lo mismo que el trabajador autónomo, el hijo menor es distinto del padre, el ciudadano es diferente del extranjero, el procesado es distinto del ciudadano no procesado.

Igualdad formal significa entonces supresión del privilegio en cuanto discriminación normativa entre ciudadanos que se encuentran en condiciones de hecho jurídicamente equivalentes. Y significa por ende, al mismo tiempo, el implícito reenvío al amplio repertorio de las desigualdades de hecho que son asumidas por el ordenamiento jurídico como presupuestos legítimos de tratamientos jurídicos diferenciados. Entre estos, en primer lugar aquellos de naturaleza económico-social que no corresponde al Estado de Derecho en cuanto tal intentar atenuar o remover³¹.

II.2.3. La certeza del derecho

El Estado de Derecho se empeña en garantizar a cada ciudadano la capacidad de prever las consecuencias jurídicas sea de sus propios comportamientos, sea de los actores sociales con los cuales entra necesariamente en contacto. Esto significa que en un Estado de Derecho todos los ciudadanos, no solamente los miembros de las elites sociales, deben disponer de medios cognitivos para prever qué tipo de decisiones

³¹ No es cierta la acusación que se la hace a Dicey de emprender en las últimas décadas del siglo XIX una dura polémica contra el Estado social, y violentar los principios fundamentales del Estado de Derecho a causa de sus tendencias colectivistas e igualitarias. Sobre el tema de las relaciones entre igualdad jurídica formal e igualdad sustancial se pueden ver las penetrantes páginas de Alf Ross (1994) en *Sobre el derecho y la justicia*.

podrán ser tomadas en un futuro por los poderes del Estado, en particular por el Ejecutivo y el Judicial. Entendida en este sentido, la certeza del derecho es un bien social difuso, que contribuye al refuerzo de las expectativas individuales y a la reducción de la incertidumbre. Usando la terminología sistémica propuesta por Luhmann, se puede decir que, garantizando “las certezas del derecho” el Estado opera una “reducción de la complejidad” que contribuye a atenuar en los ciudadanos el sentimiento de inseguridad frente a los riesgos del ambiente social, y consiente entonces una interacción más estable, ordenada y funcionalmente económica³². La contribución específica fornecida por la “certeza del derecho”, en cuanto reducción de la inseguridad de los riesgos de naturaleza jurídica es la posibilidad de que todos los ciudadanos atiendan con confianza sus propios “asuntos” y reivindiquen con una buena expectativa de éxito sus propios derechos en confrontación, ya sea con otros actores sociales o con las autoridades políticas.

Para que se pueda hablar de “certeza del derecho” debe ocurrir ante todo que los ciudadanos estén en condiciones de saber cuál es el derecho vigente. Ellos no deben ser constreñidos a la *ignorantia legis* de la posibilidad de conocer con anticipación y de interpretar con relativa seguridad las normas jurídicas que les serán aplicadas por la autoridad administrativa del Estado. Es ante todo necesario que las leyes no sean secretas, que los enunciados normativos sean enunciados claramente y que no den lugar a antinomias. Ocurre que las leyes no tienen eficacia retroactiva, en particular en materia penal, en la cual debe valer el principio *nullum crimen sine lege* y también porque la más absoluta certeza del derecho puede ser desvirtuada por una jurisprudencia arbitraria, es necesario que rija el principio del “juez natural” con la

³² Sobre estos temas puede verse Luhmann, 1985.

consecuente prohibición de los tribunales *ad hoc*³³. En fin, como subraya con polémico vigor Hayek (1998), la certeza del derecho requiere que el Poder Legislativo no sea él mismo fuente de turbulencia normativa. Esto puede acontecer si con una legislación redundante parlamentos o gobiernos modifican fuertemente y en modo imprevisible la esfera de los intereses particulares.

II.2.4. El reconocimiento constitucional de los derechos subjetivos

En el centro del Estado de Derecho está el reconocimiento de los derechos subjetivos como atributos normativos “originarios” de los individuos. A pesar de las notables divergencias en las motivaciones filosóficas y en las modalidades de tutelas –*jus* naturalismo contra *jus* positivismo, universalismo contra particularismo, rigidez contra flexibilidad constitucional, *judicial review of legislation* contra primado absoluto del Poder Legislativo–; las diversas experiencias del Estado de Derecho se caracterizan por el empeño constitucional de garantizar los derechos subjetivos, atribuyendo a sus titulares el poder de hacerlos valer en sede judicial aun contra los órganos del Estado.

Si se acoge la taxonomía histórico-sociológica propuesta por Thomas Marshall (1998), los derechos subjetivos pueden ser distinguidos en tres categorías, a saber: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales. Los derechos civiles comprenden, además del derecho a la vida, los así llamados derechos del libertad, es decir, la libertad personal, la garantías procesales del *habeas corpus*, la libertad de expresión, de pensamiento y de religión, la inviolabilidad del domicilio, la privacidad de las comunicaciones personales, etc. Estrechamente conectados están los derechos patrimoniales –con el centro puesto en el derecho de propiedad y la libertad de

³³ Para la crítica de los tribunales *ad hoc* véase Dicey, 1941.

iniciativa económica–, la autonomía de la voluntad, y por tanto el poder de concluir contratos con valor vinculante entre las partes y el derecho a las prestaciones del sistema judicial.

Los derechos políticos sancionan los intereses de los ciudadanos a participar del ejercicio del poder político como miembros de órganos investidos de autoridad decisional o como electores de tales órganos. Ellos son el sufragio general para la elección del gobierno, que es su expresión principal.

Finalmente, los derechos sociales –al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la asistencia y previsión social, etc.– corresponden a la tentativa de dar dimensión normativa a los intereses de los ciudadanos a un cierto grado de educación, de bienestar y de seguridad social relativo a los estándares prevalecientes en un determinado país.

Si se acoge esta tripartición, se puede sostener que el Estado de Derecho brinda su protección esencialmente a los derechos civiles, en tanto que son coincidentes con la dimensión de la libertad negativa³⁴.

En la segunda mitad del siglo XIX la protección fue ampliada, no sin tensiones, dificultades y lagunas, a los derechos políticos, mientras los “derechos sociales”, objeto en el curso del siglo XX de una tutela parcial del *Welfare State* (Sping Andersen, 1993), permanecen funcionalmente extraños a la lógica funcional del Estado de Derecho. Según esta lógica la titularidad de los derechos civiles y políticos debe incentivar a cada individuo a desenvolverse libremente como “*an independent unit*” en la interacción social. Y debería justificar al mismo tiempo la presunción de que todos los individuos

³⁴ Sobre la distinción entre la “libertad negativa” y “libertad positiva” se puede ver el clásico ensayo de Berlin (2001), además de Pettit (1999) y Skinner (1990).

dispongan de los instrumentos jurídicos suficientes para afirmarse socialmente sin la protección paternalista del Estado (conforme Marshall, 1998).

II.3. Principio de diferenciación del poder

El principio de diferenciación del poder, en cuanto elemento característico del Estado de Derecho, presenta como se ha señalado dos aspectos esenciales. El primero corresponde a la autodiferenciación del subsistema político jurídico respecto de otros subsistemas funcionales; y el segundo a la diferenciación interna al subsistema político, en un proceso caracterizado por la complejidad, la especialización y la experiencia, dando vida a una pluralidad de estructuras y de modalidades diversas de ejercicio del poder. Este proceso, como es sabido, ha sido interpretado y vulgarizado por la teoría política liberal de Montesquieu (1985) en adelante como una estrategia de “división de los poderes”, intencionalmente dirigida al equilibrio entre los órganos del Estado al “gobierno moderado”, y como último colorario, a la protección de los derechos subjetivos.

En lo que se refiere al primer aspecto se puede sostener que el Estado de Derecho se caracteriza respecto de las formas de políticas del pasado por su alto grado de autonomía funcional en relación al subsistema ético religioso y al económico. Es gracias a esta “autonomía” que el presupuesto individualista se impone en el Estado de Derecho contra el modelo organicista. La definición jurídica y no ético-religiosa de facultades, pretensiones y poderes de individuos singulares, reenvía de hecho al proceso general de “positivización del derecho” como uno de sus necesarios presupuestos funcionales. El ordenamiento jurídico “positivo” también en sus versiones *jus* naturalistas, funda en definitiva el valor normativo de sus prescripciones en el

“contrato social” y por ende en la concorde voluntad de los miembros del grupo, sin ya más algún reenvío directo a deontologías trascendentes³⁵.

Es gracias a esta conquista evolutiva que en Europa el ordenamiento jurídico, liberándose de su tradicional involucramiento ético-teológico, se libera también de su vínculo con el organicismo aristotélico tomista, y de la concepción monista de la verdad y del bien. Esto vale en particular, como hemos visto, para la tradición inglesa del *common law* y para la filosofía liberal que conducirá al *Rechtsstaat* germánico. Y se debe todavía a la elevada autonomía funcional del ordenamiento jurídico que en el Estado de Derecho se establezca el principio de igualdad “formal” de los sujetos. Una igualdad que abstrae que las diversas posiciones que cada uno de los sujetos ocupa en el sistema de estratificación económico social, fundadas sobre la propiedad, el poder o relaciones de parentesco. No por casualidad este aspecto “formalístico” y “atomístico” sería el centro de la crítica comunista del joven Marx (2005) contra la “igualdad jurídica” y las “libertades burguesas”. Y por otra parte, tanto la unicidad e individualidad del sujeto de derecho, como la igualdad jurídica formal de los sujetos, son factores funcionales que concurrieron al desarrollo de una economía de mercado, también ella desvinculada de presupuestos organicistas y de finalidades ético-religiosas (Cfr. Luhman, 1985; Weber, 1964 y 2003).

En lo que concierne al segundo aspecto, es decir a la diferenciación funcional interna, el Estado de Derecho es un sistema político de elevada complejidad sobre todo por su diferenciación en dos sectores formalmente distintos. Por una parte, el ámbito de la conquista y de la gestión de la política a través de la organización de la organización de los partidos y de los rituales electorales; y por otra, la actividad administrativa unificada

³⁵ Ver voz “contractualismo” en *Diccionario de política* de Bobbio y otros (1991).

por la función de producir decisiones vinculantes a través de procedimientos burocráticos (Luhman, *ibídem*). En el Estado de Derecho, a diferencia de los regímenes despóticos o totalitarios, los partidos, como los sindicatos, no son órganos de la burocracia estatal, y no tienen el poder de tomar decisiones vinculantes, *erga omnes* (Portinaro, 2003).

A su vez, la actividad administrativa se articula según dos funciones que tienden a ser desarrolladas en sedes institucionales diversas y con procedimientos distintos. Por una parte, la actividad legislativa, asignada principalmente a Parlamentos electivos, que tienen el poder de formular normas generales y abstractas; y por la otra confiada esencialmente a la administración verdadera y propia, la actividad de aplicación de las normas generales o, mejor dicho, la producción de decisiones vinculantes para casos concretos³⁶.

En fin, al interior de la administración se ha desarrollado un ulterior proceso de autonomización funcional. Es decir, la magistratura judicial, que ha sido separada del Ejecutivo, sustrayéndose a los vínculos de la dependencia burocrática, produciendo decisiones sobre la base de una “problemática” asunción de imparcialidad de la autonomía política de sus miembros.

Muy sistemáticamente se puede entonces sostener que en las experiencias históricas del Estado de Derecho el principio de diferenciación del poder se manifiesta a través de las modalidades institucionales desarrolladas en los siguientes apartados.

³⁶ En la perspectiva del realismo jurídico, como se sabe, la actividad del ejecutivo, y en particular del Poder Judicial consiste en la creación de normas ad hoc, para la decisión de casos concretos. Conforme Alf Ross *Sobre el derecho y la justicia. Op. Cit.*

II.3.1. La delimitación del ámbito del poder político y de la aplicación del derecho

El proceso de autodiferenciación del sistema político, que encuentra su máximo nivel en el Estado de Derecho, produce dos efectos simétricos. Por un lado, tiende a excluir la interferencia funcional de los subsistemas ético-religioso y económico del ámbito de la política y del derecho. Por otro, define en modo explícito el ámbito funcional del subsistema jurídico-político a través de una limitación, o si se quiere, autolimitación de la soberanía interna del Estado. La demarcación entre “esfera pública” y “esfera privada” se precisa en el sentido de excluir de la competencia de la política y del derecho el área que en Europa, desde Ferguson a Marx, ha sido llamada “sociedad civil” (Ferguson, 1974).

Esta área comprende por un lado el ámbito de la *privacy* y por lo tanto la creencia y las prácticas religiosas, las experiencias sexuales y familiares, las informaciones, expresiones artísticas, etc. Y por otro lado incluye el ámbito de la economía negocial, de la actividad empresarial, y la actividad patrimonial en general.

II.3.2. La separación entre instituciones legislativas e instituciones administrativas

Como hemos visto, en el Estado de Derecho la función de creación de normas generales y abstractas, es decir leyes, está asignada a órganos especializados, los Parlamentos. Mientras a otros aparatos burocráticos, tales como el Ejecutivo y el Judicial, le es asignado el deber de “aplicar” las leyes, y por lo tanto, la creación de normas individuales, tales como actos ejecutivos y sentencias, así como de proveer a su “aplicación”. En tanto una distinción rigurosa entre posiciones de normas generales (*legis latio*) y aplicaciones de normas (*legis executio*) sería ardua de trazar, es indudable

que el Estado de Derecho se organiza según un esquema dual que en línea de principio “separa” las instituciones legislativas de las instituciones administrativas.

II.3.3. La primacía del Poder Legislativo, el principio de legalidad y la reserva de legislación

En el Estado de Derecho los órganos que tienen el poder de decidir de normas generales gozan de una primacía funcional respecto de aquellos órganos que desenvuelven la función de regular los casos concretos produciendo normas generales. Esta primacía puede ser más o menos absoluta en relación a la más o menos acentuada subordinación del Poder Legislativo a los principios constitucionales y en relación a la intensidad del control de constitucionalidad de las leyes, eventualmente confiado a órganos judiciales (Kelsen, 1995a).

En todo caso toda la estructura normativa e institucional del Estado de Derecho está modelada por el “principio de legalidad”, según el cual todo acto administrativo debe estar “conforme” a una precedente norma general³⁷.

A la misma lógica responde el instituto de la “reserva de legislación” que atribuye solo al Poder Legislativo la competencia del dictado de normas generales en materia de derechos subjetivos, excluyendo de esta función tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial.

³⁷ La conformidad del acto administrativo a una norma general previa es, como es sabido, un tema altamente controvertido.

II.3.4. La subordinación del Poder Legislativo al respeto de los derechos subjetivos constitucionalmente definidos

El problema de los límites del Poder Legislativo es uno de los temas más delicados y controvertidos en la experiencia del Estado de Derecho. Se puede sin embargo afirmar que, aunque de maneras muy diversas, en todas las experiencias históricas del Estado de Derecho el Poder Legislativo encuentra los límites que se derivan del deber de respetar los derechos subjetivos reconocidos por la Constitución. Estos límites presentan un carácter prevalentemente implícito y político en Gran Bretaña, Alemania y Francia, mientras que tienen una naturaleza prevalentemente jurídica y judicial en los Estados Unidos.

II.3.5. La independencia del Poder Judicial

La magistratura judicial está subordinada solo a las leyes. La función jurisdiccional se distingue al interior de la actividad administrativa por su aspiración a colocarse dentro de un espacio institucional “neutral” respecto a los intereses políticos y sociales en conflicto. Por esto, en el ejercicio de sus poderes decisionales, el juez opera independiente de todo vínculo de relación jerárquica, en particular en confrontación con los vértices del Ejecutivo, ya que por su propia naturaleza poseen orientaciones ideológicas y políticas, producto de una determinada mayoría de gobierno.

Capítulo III. El estatuto epistemológico, la estructura filosófico-política y los límites de validez de la teoría del Estado de Derecho

La sinopsis teórica presentada precedentemente debería responder a la doble exigencia de poner a punto una teoría del Estado de Derecho aceptable desde una óptica histórica y que sea al mismo tiempo útil en términos cognitivos, amén de ser utilizable para la solución de problemas prácticos.

La reconstrucción teórica del Estado de Derecho que ha sido esbozada provee un cuadro unitario y coherente de las asunciones de principio y de las modalidades normativas y constitucionales que han caracterizado las experiencias históricas más relevantes. Esta reconstrucción debería ser persuasiva desde un punto de vista histórico, aunque sea el fruto de una de las muchas posibles interpretaciones de un fenómeno altamente complejo.

Se trata de una interpretación que atribuye un significado bastante preciso a la noción de “Estado de Derecho” y la distingue de nociones con las cuales ha sido muchas veces intercambiada en el intrincado repertorio de conceptos, fórmulas y postulados en los cuales ha estado sumergida por mucho tiempo. Según esta interpretación el “Estado de

Derecho” puede ser definido como la versión del Estado moderno europeo que, sobre la base de una filosofía individualista, posee un doble corolario de pesimismo potestativo y de optimismo normativo, y que a través de procesos de difusión y de diferenciación del poder atribuye al ordenamiento jurídico la función primaria de tutelar los derechos civiles y políticos, contrastando a este fin la inclinación natural del poder a la arbitrariedad.

Se tratará ahora de precisar el estatus epistemológico, las implicaciones filosófico-políticas y los límites de validez de esta teoría. Será pues posible ensayar la utilidad cognitiva, poniéndola en confrontación con el arco de problemas que, en el contexto de procesos de complejización social y de integración global hoy en curso, deben ser afrontados para la defensa de los derechos subjetivos y del arbitrio del poder. Obviamente estos temas requieren ser discutidos según una aproximación que otorgue amplio relieve a la discusión nacional y transnacional, yendo más allá del “espacio político” del Estado de Derecho que no es otro que el Estado nacional soberano³⁸.

III.1. El estatuto epistemológico

En lo que respecta al estatuto epistemológico de la teoría del Estado de Derecho, es importante subrayar sobre todo su carácter no formalístico. No siendo una teoría general de la justicia y tampoco inspirándose en una metafísica ético-política de tipo clásico, la teoría del Estado de Derecho implica algunas opciones específicas acerca del fin de la política y del derecho. La misma hostilidad en la confrontación del poder arbitrario y la misma aspiración a la certeza del derecho nos llevan a una neta asunción

³⁸ La expresión “espacio político” se usa en el significado propuesto por Carlo Galli (2002) en su recopilación de ensayos *Espacios políticos: la edad moderna y la edad global*.

de valor; porque conllevan la preferencia por un orden político racional y predecible, en el cual el derecho garantice sobre todo la libertad de los sujetos individuales y la seguridad de sus transacciones, dejando en segundo plano los temas “comunitarios” de la justicia, de la solidaridad y de la igualdad social³⁹. Porque no siendo un proyecto ético-político de construcción de la “óptima república” – el Estado de Derecho no es un “Estado de justicia”– y confiándose al instrumento funcionalmente diferenciado del Estado de Derecho, este es inconcebible fuera de una antropología típicamente “occidental”, es decir, individualista, racionalista y secularizada.

No parece sin embargo sostenible que la teoría del Estado de Derecho se limite a recomendar simplemente algunos procedimientos privados de contenidos prescriptivos, lo que transformaría a esta teoría en una concepción netamente procedimental del Estado de Derecho y por ende, ideológicamente neutral. Ciertamente, por muchos aspectos el modelo del Estado de Derecho se resuelve finalmente en técnicas procedimentales o en diseños institucionales que en cuanto tales pueden parecer formas axiológicamente indeterminadas. La certeza del derecho, por ejemplo, puede parecer indiferente a los contenidos de las normas, de tal forma que se podría sostener que una legislación racista sea compatible con el Estado de Derecho simplemente porque sus normas son claras, no contradictorias y no retroactivas. Con argumentos análogos, el “principio de legalidad” también pondría ser entendido en un sentido puramente formal, como pretende Scalia (1989) con su interpretación del *rule of law* como *rule of rules*. Esto no implica de hecho algún control ético-político sobre los contenidos de la ley ni de parte del administrador que está destinado a aplicarla, ni de parte de los ciudadanos que son sus destinatarios finales.

³⁹ Conforme Raz (1985a, 1985b, 1986a, 1986b, 1991, 2001), Sandel (1996) y Dworkin (1988, 1989).

Estas interpretaciones parecen ignorar que en la teoría del Estado de Derecho instituciones y procedimientos formales no son auto-referenciales ni auto-fundantes, pero persiguen el objetivo de la tutela de los derechos subjetivos, a la cual el mismo legislador está obligado. Afirmando este simple y claro axioma, las interpretaciones formalistas del Estado de Derecho, como las análogas teorías procedimentales de la democracia, revelan la falacia general de toda teoría formalística de la política y del derecho.

III.2. Estado de Derecho y teoría de los derechos subjetivos

La teoría del Estado de Derecho es probablemente el patrimonio más relevante que hoy, en los inicios del tercer milenio, la tradición política occidental deja en herencia a la cultura política mundial. Su excepcional relieve teórico está en la tentativa de asegurar dentro y a través de una particular organización del poder político –un Estado nación– las garantías de las libertades fundamentales del individuo. El Estado de Derecho ha conjugado, en formas originales respecto a toda otra civilización, la necesidad de orden y de seguridad que está en el centro de la vida política, con la reivindicación, muy fuerte dentro de sociedades complejas, de las libertades civiles y políticas. La invención del “derecho subjetivo” como expresión jurídica de la libertad individual es junto a la indudable eficacia de las técnicas de diferenciación del poder, la clave de su originalidad y éxito. Esta “invención” se ha afirmado en el curso de los últimos siglos como un modelo general en Europa y en América y su éxito ha sido corroborado en el curso del siglo XX en contraste con las experiencias autocráticas tanto de derecha como de izquierda. Hoy su modelo no solo se encuentra sin

alternativas dentro del mundo occidental, sino que parece destinado a imponerse a nivel internacional, como una condición de racionalidad, de modernidad y de progreso para las culturas de todos los continentes, incluso las más lejanas de la civilización occidental como la cultura islámica, las culturas originarias africanas y americanas y, en Asia oriental, el hinduismo, el budismo y el confucionismo.

Debemos todavía ocuparnos de al menos tres cuestiones teóricas relativas a la instrumentación conceptual del Estado de Derecho y a sus implicancias institucionales, que deberían ser resueltas para poder sostener la universalidad de la doctrina o avalar la tendencia a imponerse internacionalmente. La primera cuestión concierne a la relación entre el Estado de Derecho y la teoría democrática. La segunda nace de la oposición entre el principio democrático de la soberanía popular y la tendencia de una gran parte de los teóricos del Estado de Derecho a proponer una rigidización del *Bill of Rights*. La tercera cuestión se refiere a los fundamentos filosóficos de la universalidad de la teoría de los derechos subjetivos, o en el léxico del derecho internacional “derechos del hombre”.

III.2.1. Estado de Derecho y democracia

La teoría del Estado de Derecho se diferencia de la idea de democracia y del “Estado democrático”, aun en sus versiones más débiles, inspiradas en la crítica schumpeteriana (Schumpeter, 1984) de la democracia participativa y de la democracia representativa. Si es verdad que pensadores liberal-democráticos a partir de Bobbio (1996, 2000), Dahrendorf (1993, 2002) y Habermas (1996) consideran la protección de los derechos subjetivos como *conditio sine qua non* de todo posible régimen democrático, queda el hecho de que las instituciones del Estado de Derecho son en

tanto tales indiferentes en la confrontación de algunos aspectos centrales de la concepción democrática tanto clásica como post-clásica del Estado. Salvo una débil e implícita referencia al carácter representativo del Poder Legislativo, la teoría del Estado de Derecho no se empeña en temas como la soberanía popular, la efectiva participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas, las reglas y los valores de la representación, el pluralismo de los sujetos de la competencia o la *responsiveness* de los gobiernos⁴⁰.

En síntesis, se puede decir que el Estado de Derecho se contrapone al Estado Absoluto clásico, al Estado Totalitario moderno, y en general, al Estado de Policía. No se contrapone sin embargo, en línea de principio, a regímenes oligárquicos o tecnocráticos, eventualmente caracterizados por una despolitización de masas y por grandes diferencias económico-sociales.

El Estado de Derecho parece estar en mayor sintonía con la tradición política de inspiración liberal que con una filosofía política que ponga énfasis en la responsabilidad civil de los ciudadanos, la transparencia y difusión de la comunicación política o sobre la vitalidad de la esfera pública. En la perspectiva del Estado de Derecho la amenaza a las libertades individuales parece venir exclusivamente del uso del poder por parte de órganos estatales y no tanto de otros poderes y sujetos de la vida económica. Y entonces una internacionalización del Estado de Derecho puede comportar una remoción a nivel internacional de algunos valores que en Occidente son, o mejor han sido, patrimonio de la doctrina democrática. Esto vale hoy, concretamente, para el proceso de integración europea, como se ha señalado en la importante discusión acerca del llamado “déficit democrático” de las actuales instituciones europeas, y todo

⁴⁰ Para una definición mínima de las reglas y de los valores de la democracia ver Bobbio, 1996.

ello a pesar de su empeño en la tutela de los derechos individuales. Y el riesgo de remoción está presente, y en forma dramática a escala global, como se evidencia en el contraste entre las grandes potencias occidentales, por una parte, y numerosos países no occidentales, para no hablar de organizaciones no gubernamentales y movimientos políticos transnacionales (Vallespín, 2000). Las potencias occidentales están a favor de una “expansión internacional” del modelo del Estado de Derecho y de una intransigente defensa de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los “derechos del hombre”. Los otros interlocutores son más sensibles a aquellos derechos que ellos llaman “derechos colectivos” tendientes a reducir la desigualdad económico-social, la protección de la identidad y la autonomía de los pueblos, la lucha contra la pobreza y las enfermedades epidémicas o la liberación de los países económicamente dependientes del endeudamiento externo⁴¹.

III.2.2. Constitución, derechos subjetivos y soberanía popular

Como hemos visto, discutiendo en particular la experiencia del constitucionalismo norteamericano y la del francés, son posibles dos diversas aproximaciones al tema de las garantías constitucionales de los derechos subjetivos, que por comodidad podremos llamar respectivamente la aproximación liberal y la aproximación democrática.

III.2.1.1. La aproximación liberal

Característica de la experiencia estadounidense, esta tiende a hacer del *Bill of Rights* la fuente de la obligatoriedad de los principios y de las reglas que tutelan las libertades

⁴¹ “Banjul Charter on Human and Peoples’ Rights”, disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/z1afchar.htm>>.

fundamentales. La validez normativa del Estado de Derecho deriva de una asunción de racionalidad y de fundamentación *jus* naturalística o *cuasi jus* naturalística de sus principios, por lo que ninguna mayoría parlamentaria –ni siquiera el consenso unánime de los miembros de asambleas electivas– puede abrogar las normas del texto constitucional que resguardan por ejemplo el derecho a la vida, los derechos de libertad, el derecho de propiedad o de libertad de iniciativa económica. Una decisión parlamentaria de derogación de estas normas, aunque se respetasen los procedimientos previstos para la revisión constitucional, debería ser considerada constitucionalmente nula e inaplicable.

De esta posición de principios se derivan algunos corolarios de relieve procedimental e institucional. Ante todo, la exigencia de estabilizar los fundamentos del Estado de Derecho, dando la mayor rigidez posible a las partes del texto constitucional relevantes para la tutela de los derechos subjetivos, previendo mayorías calificadas y otras barreras procedimentales para la revisión del texto constitucional por parte de las asambleas parlamentarias. En segundo lugar, y sobre todo, la previsión de una limitación institucional también para el Poder Legislativo, confiando a órganos judiciales un control de constitucionalidad con eficacia *erga omnes* sobre la producción de las leyes. En la segunda mitad del siglo XIX, salvo la aún perdurante excepción de Gran Bretaña, esta posición “liberal” que fue inicialmente experimentada en los Estados Unidos, y devenida dominante también en la experiencia del constitucionalismo europeo –en particular en Alemania y en Italia– ha terminado así por identificarse *tout court* con la teoría continental del Estado de Derecho. Ella hace depender la garantía de los derechos fundamentales del recíproco control y del equilibrio entre los “poderes constituidos”, incluso el Legislativo, bajo la vigilante

custodia de la Corte Constitucional, como había propuesto Kelsen. Al mismo tiempo se atenúa la instancia “democrática” que hace del poder constituyente la fuente de toda posible legitimidad constitucional (Kelsen, 1995). Y así mismo se rechaza la idea de la omnipotencia del legislador democrático: la democracia no puede ser más que una “democracia constitucional” y por lo tanto, una democracia limitada por una constitución liberal en la cual los derechos fundamentales, como subraya Ferrajoli (2006a), son considerados inalienables e inviolables y por ende indisponibles por parte de cualquier mayoría política o poder, porque están sustraídos a la soberanía popular.

III.2.1.2. La aproximación democrática

La tutela de los derechos subjetivos y en general la definición de los órganos del Estado y de sus funciones depende según esta visión del poder constituyente de la comunidad política y de la permanente iniciativa de sus miembros. Esta posición voluntarista no identifica la constitución con la garantía de los derechos y la separación de los poderes como quería el celebre Artículo 16 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”⁴² de 1789. Una constitución es plenamente tal porque ha sido libremente querida y democráticamente deliberada por la mayoría de los miembros del grupo político organizado. Modelo de referencia, en este caso, es la experiencia revolucionaria francesa, que ha precedido a la elaboración de la teoría del Estado. En la experiencia francesa la afirmación de los derechos ha sido el resultado de luchas políticas que han salido victoriosas, gracias al sostenimiento de las asambleas electivas, y no el resultado de un sofisticado y burocrático equilibrio de los poderes del gobierno

⁴² Art. 16: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de una constitución”.

“mixto” o “moderado”. Para la tutela de la libertad, se sostiene, cuenta menos la rigidez o el control constitucional de las leyes, que una vigilante opinión pública, un debate político-jurídico abierto y competitivo, una permanente iniciativa popular que lleve a una renovación legislativa de las cartas constitucionales o de las declaraciones de derechos.

También el *Bill of Rights* está destinado, como cualquier otro acto normativo, a ser superado por el cambio social, tanto más si se trata por el cambio acelerado por la rapidez evolutiva que caracteriza a las sociedades modernas. Una excesiva rigidez constitucional puede ser, por ende, un elemento de “conservación social” y un freno a la democracia más que una débil protección de los derechos: débil porque está confiada a un derecho que pretende neutralizar la política (Portinaro, 2003).

III.3. Una alternativa

Las dos posiciones, aunque igualmente orientadas a la promoción y a la defensa de los derechos individuales, son difícilmente conciliables en una solución teórica que torne realizable un compromiso entre el racionalismo normativista, típico de la doctrina eurocontinental del Estado de Derecho, y el voluntarismo democrático.

A la posición democrática se le puede obviamente objetar que la ausencia o debilidad de reglas procedimentales e institucionales de tutela del *Bill of Rights* pone en riesgo de dejar en manos de mayorías parlamentarias provisorias el destino, no solo de los derechos individuales, sino de la democracia misma.

De allí que la “preocupación liberal” es en realidad una garantía vital para la democracia, porque la defiende contra el riesgo, para nada escolástico –como lo ha probado la caída de la República de Weimar–, de que un régimen democrático pueda

ser sustituido por un régimen autoritario sin ninguna violación de las reglas de la decisión parlamentaria⁴³. La democracia viene a ser así reforzada, y no debilitada, por los vínculos liberales que le impiden su autodestrucción.

A la “posición liberal” se le puede por otra parte objetar que, en términos propiamente teóricos, tiene escaso relieve que una Constitución sea aprobada o modificada por una mayoría calificada, una mayoría simple o una mayoría absoluta. Una Constitución deviene siempre de la voluntad de una parte del “pueblo” o “nación”, por cuanto ella puede ser ampliada, contra la voluntad de la otra parte, tal como acontece para el caso de las leyes ordinarias, que son obviamente sancionadas con mayorías no calificadas.

Y esto vale tanto más en sociedades complejas caracterizadas por el “politeísmo” de las culturas y de los valores morales. Todo esto significa que también las normas constitucionales relativas a los derechos subjetivos son expresión, no de una rousseauiana “voluntad general”, sino de las preferencias de una parte política concreta. Y poco cuenta que esta parte considere “indecidibles” los principios en los cuales ella cree. En otras palabras, esta convicción hace dogmática y tendencialmente intolerante la opción “liberal”.

La inevitable génesis histórica debería entonces desaconsejar cualquier atribución de racionalidad, indecisibilidad, y sacralidad de las normas de una Constitución estatal, aun la más “garantista” e inclusiva. A pesar de Kelsen, para quien no existía ningún autor político de la Constitución, es necesario reconocer que las normas constitucionales son garantías y visiones del mundo que una parte de los ciudadanos ha compartido o comparte, y otra parte ha rechazado o rechaza.

⁴³ Se cita normalmente a estos propósitos, además del caso de la República de Weimar, el “suicidio” de la Segunda República Francesa.

Entonces también una Constitución liberal-democrática puede ser opresiva de los intereses de las expectativas de minorías en disenso en confrontaciones con la mayoría constituyente. En otras palabras, una mayoría, por hipótesis, favorable a la pena de muerte o a la guerra, contraria al aborto, a la eutanasia o al respeto de los animales, a la prohibición de matarlos, etc., no hace menos liberal-democrática a dicha Constitución.

Se corre el riesgo entonces, con esta posición, de ser “paradojalmente” dogmática y despótica la tendencia a fijar la tabla de valores liberales en un determinado momento de su evolución histórica y confiar al mismo tiempo a burocracias judiciales el deber de controlar que las asambleas electivas no introduzcan innovaciones de naturaleza iliberal.

El riesgo que corren hoy las versiones eurocontinentales del Estado de Derecho de comienzos del siglo XXI es un inmovilismo constitucional que “modifica” la voluntad de los “padres fundadores” (Dahl, 2003). Y este riesgo puede ser agravado por las atribuciones otorgadas a las cortes judiciales de poderes de interpretación de la carta constitucional –poderes formalmente judiciales, pero de hecho constituyentes y legislativos–, de forma tal de dar flexibilidad en sus manos a una Constitución que se quiere “rígida”, y por lo tanto intocable por parte del parlamento (Rentería, 2003).

Parece entonces claro que la “posición liberal” está expuesta a la crítica de la autocontradicción, no menos que la posición democrática.

Para remediar esta crítica, podría ocurrir que los teóricos estadounidenses y eurocontinentales del Estado de Derecho se empeñaran en identificar con extremo rigor las pocas, tal vez escasísimas, prescripciones constitucionales relativas por ejemplo a la libertad de pensamiento o al derecho de expresarlo públicamente, cuyas

violaciones comportan la banificación de la posibilidad de una libre y eficaz expresión de la libertad política. Esta no es otra que la condición de legitimidad tanto liberal como democrática de un gobierno político.

Solo estas prescripciones debieran ser sostenidas por protecciones procedimentales – no por presupuestos metafísicos de indecisibilidad– que tornen más difícil su limitación o abrogación.

Por ello, se deberá tener presente que en sociedades políticamente fragmentadas como son las sociedades diferenciadas y complejas, las mayorías simples en las decisiones parlamentarias representan ya un freno a través del cual se perfila el riesgo de la parálisis decisional.

La opción entre la aproximación “liberal” y la aproximación democrática queda entonces ligada a consideraciones empíricas y a preferencias ideológico-políticas largamente opinables. Dilema que el análisis teórico está en posibilidades de exponer y clarificar pero en modo alguno de resolver.

III.4. Fundamento y universalidad de los derechos subjetivos

Una tercera serie de cuestiones teóricas irresueltas nos lleva al problema del fundamento filosófico y la universalidad de la doctrina de los derechos del hombre. Son cuestiones estas que reflexionan acerca de su general aplicabilidad coercitiva, tema dramáticamente vivido en la “guerra humanitaria” de Kosovo, en 1999.

Norberto Bobbio ha sostenido la imposibilidad de una fundamentación filosófica y por tanto racional y universal de la doctrina de los “derechos del hombre”. La razón está, a su parecer, en el hecho de que esta es afecta a algunas antinomias deónticas, en particular aquella que opone los derechos de libertad y los derechos patrimoniales a la

igualdad social, valor que las afirmaciones de los “derechos sociales” deben promover y tutelar (Bobbio, 1991).

Otros autores, como Barbelet (1988), han contrapuesto dentro del catálogo normativo de los derechos de libertad, los derechos “no adquisitivos” a los derechos “adquisitivos”.

Los primeros se concentran en una tutela de la “libertad negativa” (Berlin, 2001; Pettit, 1999) y por lo tanto, en límites puestos a la intervención del Estado y de terceros en la esfera individual; como es el caso de la libertad personal, de pensamiento, de la inviolabilidad del domicilio o de la propiedad privada. O también se resuelven como en el caso de los “derechos sociales” en simples poderes de consumir.

Los segundos, como la autonomía negocial, la libertad de asociación, la libertad de prensa, la libertad de iniciativa económica, están dotados de una resaltable capacidad adquisitiva, porque bajo ciertas condiciones su ejercicio produce poder político, económico y comunicativo en ventaja de sus titulares.

Dado que normalmente solo una minoría de sujetos está en posibilidad de disponer de los instrumentos políticos, económicos y organizativos necesarios para disfrutar la propiedad adquisitiva de este segundo tipo de derechos de libertad, se sigue que su ejercicio produce una notable restricción de la libertad de los otros sujetos, ayudando a multiplicar la desigualdad social.

La idea, muy difundida, de que los derechos subjetivos atribuyen a los individuos pretensiones legítimas que convergen espontáneamente en una interacción social pacífica y progresiva, debería ser sustituida por una visión agonística y conflictual de “lucha por los derechos” (Ferrajoli, 2001).

A las tesis de Bobbio y de Barbelet se puede agregar que la doctrina de los derechos del hombre carece de criterios, para usar un léxico sistémico, de auto-regulación cognitiva. Esta no dispone de categorías teóricas capaces de una rigurosa individualización y definición de los derechos subjetivos. La taxonomía propuesta por Marshall (1998), aunque útil, es de naturaleza histórico-sociológica, y directamente modelada sobre la experiencia de los últimos tres siglos de la historia inglesa.

Acontece que el “catálogo de los derechos” está constantemente expuesto a expandirse de manera pletórica, gracias a procesos de acumulación anómica, por sucesivas “generaciones” o por interpolaciones normativas ligadas a puras circunstancias de hecho⁴⁴.

En definitiva, no obstante la “Declaración universal” de 1948 y de un difuso consenso pragmático en torno a algunos derechos fundamentales –sustancialmente coincidente con aquellos que Marshall ha llamado derechos civiles–, hoy no existe una tabla de “derechos subjetivos” que sea teóricamente definida y generalmente compartida ni siquiera en Occidente. Y esto vale tanto para las implicaciones normativas como para las aplicaciones prácticas de los derechos singulares.

Valga cualquier ejemplo entre los muchos posibles. Así, si es verdad que el derecho a la vida es uno de los derechos subjetivos más “certeros” desde el punto de vista normativo, no es menos cierto que no existe consenso teórico alguno acerca de su incompatibilidad con la pena de muerte, como es sabido ampliamente practicada también en los Estados Unidos, que son considerados la patria de los “derechos individuales” y del “*rule of law*”.

⁴⁴ Tentativas de elaboración teórica se pueden ver en Rawls (1990) y Ferrajoli (2001).

Un segundo ejemplo es el de la condena perpetua, en las formas brutales, próximas a la tortura, típicas de la reclusión penal, que es practicada también en países occidentales y que es normalmente considerada compatible, tanto con los derechos de libertad, como con los derechos a la integridad física y psíquica de los individuos reclusos. Las opiniones disidentes son prácticamente minoritarias.

Y todavía más. Las mutilaciones genitales femeninas, muy difundidas en algunos países del África nororiental y central han sido coherentemente declaradas por las legislaciones de numerosos Estados occidentales lesivas del derecho de las mujeres a la integridad física y psíquica. Por otro lado, la mutilación genital masculina, como es sabido, es una práctica generalizada no solo en el mundo islámico y judío, sino también en el mundo occidental, en particular en los Estados Unidos, sin que existan, al menos, explícitas motivaciones religiosas. Estas mutilaciones no son normalmente consideradas una violación a la integridad personal de los menores. Aunque se trata de una lesión con consecuencias normalmente mucho menos graves que la mutilación genital femenina, una minoría de médicos y juristas occidentales han subrayado que se trata de la mutilación de un órgano sano, realizada sin el consentimiento del interesado directo y sin ninguna razón sanitaria.

Se podría concluir, por todas estas razones, que es muy poco útil ir a la búsqueda de los derechos subjetivos o de los “derechos del hombre” y que es suficiente un empeño de carácter práctico para su aplicación. En este sentido parece orientado el mismo Norberto Bobbio (1991).

Ciertamente, su justificación no puede ser otra que de carácter histórico y pragmático y por lo tanto contingente. Es de hacer notar que los derechos civiles y políticos se han afirmado en Europa en una fase particular de su historia, como resultado de largas y

sangrientas luchas sociales y políticas. No quedaría entonces más que admitir que la doctrina de los derechos subjetivos está filosóficamente infundada y es imperfecta desde el punto de vista deóntico: un producto histórico occidental, importante para Occidente, pero que no puede justificar pretensión universalista alguna, ni tampoco fundar ningún “proselitismo civilizatorio”.

Pero se podría también sostener que una teoría rigurosa del Estado de Derecho exige una rigurosa teoría de los derechos subjetivos. Y se podría afirmar que es propiamente la ausencia de rigor teórico la que hoy concurre a dar incertidumbre, como veremos, a la efectividad de muchos aspectos del Estado de Derecho. Y lo que es más grave, esta ausencia favorece la desnaturalización propagandística de la doctrina de los “derechos del hombre” en términos de un agresivo “universalismo colonial”, como ha sido el caso de las motivaciones humanitarias de la guerra de Kosovo, conducida por las potencias occidentales. En tanto que privada de fundamentación filosófica y de universalidad normativa, y tal vez precisamente por esto, la doctrina de los derechos subjetivos podría ser universalizada en términos comunicativos.

La doble condición es que ella asuma una más rigurosa fisonomía teórica –en términos de teoría jurídica y política y no en fundamentaciones metafísicas– y que la universalización comunicativa se base en una traducción intercultural de la totalidad del léxico y la sintaxis deóntica del modelo del Estado de Derecho.

Una confirmación de la actualidad y de la relevancia de estos problemas de comunicación intercultural es la polémica que ha tenido como epicentro Singapur, Malasia y China acerca de la oponibilidad de los *asian values* a la tendencia de Occidente a imponer a las culturas orientales sus valores ético-políticos (el Estado de

Derecho y los derechos individuales) junto a la tecnología, la industria y la burocracia occidentales.

III.5. Los límites de validez de la teoría

El límite de validez más relevante del “Estado de Derecho” se debe a su estrecho horizonte normativo que no va más allá del espacio político del “Estado-nación”. Este límite de la doctrina que contrasta singularmente con la pretensión universalista de una gran parte de sus autores contemporáneos presenta un doble perfil: el de las relaciones interestatales y el del orden mundial.

III.5.1. Las relaciones interestatales

En primer lugar, la doctrina del Estado de Derecho no se ocupa de las relaciones entre un Estado y los otros Estados. Ella refiere exclusivamente a las “soberanía interna” del Estado nacional y no toca ni las relaciones políticas internacionales de este Estado, ni tampoco sus relaciones de derecho internacional, que están totalmente confiadas a las regulaciones de las convenciones y de los tratados.

Se puede decir, en suma, que el Estado de Derecho implica una significativa limitación de la “soberanía interna” del Estado, pero deja intacta su “soberanía externa” incluso el *jus ad bellum*, que a partir de la Paz de Westfalia de 1648 había reconocido las prerrogativas soberanas de los Estados (Ferrajoli, 1999b). Ejemplos emblemáticos de ello son los casos de Gran Bretaña y Francia, que con una rigurosa aplicación de las reglas del Estado de Derecho convivieron con una política externa belicista e imperialista y con la promulgación del llamado “derecho colonial”.

No debe asombrarnos entonces que para Dicey (1941), el máximo teórico del *rule of law* inglés, el ordenamiento internacional no fuese ni siquiera un ordenamiento jurídico. Siguiendo las lecciones de John Austin, Dicey ha sostenido que las normas internacionales pueden ser consideradas a lo sumo como una suerte de ética pública jurídicamente no vinculante (Cfr. Schmitt, 1996). Y para un teórico del *Rechtsstaat*, como Jellinek, el derecho internacional era un complejo de reglas no diverso y no separado del ordenamiento jurídico-estatal. Para él las obligaciones internacionales eran, al igual que el derecho constitucional y el derecho administrativo, un producto de la autolimitación de la soberanía del Estado nacional (Jellinek, 2000).

Es entonces claro por qué la teoría del Estado de Derecho careció de desarrollos internacionalistas. Sus principios, en particular los principios de difusión y de diferenciación del poder, fueron concebidos para ser aplicados a los ciudadanos y a las instituciones del Estado nacional. A los ciudadanos y a las instituciones de países extranjeros les es atribuida relevancia jurídica solo si entran explícitamente en contacto con el ordenamiento interno y aun en este caso bajo ciertas condiciones –la cláusula de reciprocidad– y con relevantes excepciones, sobre todo para los sujetos y las instituciones no pertenecientes al “mundo civil”, es decir, a Occidente.

Más aun, ya a partir de los padres fundadores Gentili, Grocio, Vattel, el *jus publicum* ha reconocido como sujetos de su propio ordenamiento solo a los Estados, mientras que los individuos y sus derechos fundamentales han sido considerados como automáticamente representados y protegidos por los Estados a los que pertenecían.

El principio de no injerencia en la *domestic jurisdiction* es entonces en los “asuntos internos” de los Estados soberanos el pilar del orden westfaliano, al menos hasta la década del ochenta del siglo XX; habiendo excluido de la competencia del derecho y de

las relaciones institucionales las relaciones entre gobiernos particulares y sus ciudadanos, inhibiendo toda posibilidad de que los derechos subjetivos asumiesen una pretensión de derecho internacional.

Una relevante excepción han sido los Tribunales Penales Internacionales, creados en el curso del siglo XX, con el objetivo de perseguir a los individuos responsables de graves violaciones a los derechos del hombre. Sin embargo, la experiencia de estos tribunales *ad hoc* ha sido en muchos aspectos desilusionante. Ha probado esencialmente que una jurisdicción penal internacional, operante en ausencia de una organización de las relaciones internacionalmente de alguna manera modelada sobre el Estado de Derecho, no puede aspirar más que a un grado mínimo de autonomía de las grandes potencias.

III.5.2. El orden mundial

En segundo lugar, los principios del Estado de Derecho, con la sola y parcial excepción del pacifismo kantiano (Kant, 1998), no han ido jamás teóricamente conectados al tema del orden y de la paz mundial.

Esta laguna no ha sido colmada ni siquiera cuando en la primera mitad del siglo XX, surgió en Occidente la tendencia a superar el “sistema de Westfalia”, es decir el sistema “anárquico” de los Estados soberanos, para dar vida a instituciones supranacionales centralizadas tales como la Sociedad de Naciones o la Organización de las Naciones Unidas.

No obstante la difundida retórica acerca del *rule of law* internacional, la teoría del Estado de Derecho no ha ejercitado influencia alguna sobre el proceso de formación de estas instituciones, en particular, las Naciones Unidas, empeñadas en limitar la

soberanía de los Estados nacionales para la realización de una “paz estable y universal”. Paz esta, en realidad, defendida por la hegemonía de las potencias vencedoras del conflicto a escala mundial.

Este proceso se ha inspirado más que en el pacifismo cosmopolita de ascendencia kantiana y su conexas ideología de la ciudadanía universal y del “derecho cosmopolita”, en el modelo jerárquico y autoritario de la Santa Alianza (Portinaro, 1999).

Con este modelo se identifica en particular la estructura de las Naciones Unidas, con el centro en un Consejo de Seguridad dominado por el poder de veto de cinco grandes potencias y que se basa, por lo tanto, en la negación de un principio fundamental del Estado de Derecho, esto es, la igualdad formal de los sujetos del derecho.

La tesis de que la experiencia del Estado de Derecho no ha inspirado teoría alguna del derecho y las instituciones internacionales puede parecer algo excesiva. En realidad se podría objetar que hoy, en Occidente, existe un importante grupo de pensadores llamado irónicamente por Hedley Bull (1977) los *Western Globalists* que en la huella de las lecciones kantianas y kelsenianas proponen la aplicación de los principios y de las reglas del *rule of law* a la construcción de un sistema político y jurídico global. Pensemos en Richard Falk (2002), David Held o Jürgen Habermas por citar solo a los más notables.

Se puede observar que autores como Falk y Held están interesados en divulgar algunas palabras de orden sugestivas –*global civil society, global constitutionalism, global democracy, cosmopolitan democracy, etc.*– con la tendencia a “pantografiar” a nivel global sus convicciones liberal-democráticas, sin un empeño preciso ni especificación normativa e institucional del proyecto de un eventual Estado de Derecho planetario, ni

de interacciones con las culturas políticas y jurídicas no occidentales, que debieran estar envueltas en el proyecto cosmopolita (Cfr. Held, 1997, 2002, 2003, 2005).

En cuanto a Habermas, él no parece tener duda acerca del nexo de causalidad evolutiva, por así llamarlo, que a su parecer hace descender el “derecho cosmopolita” del Estado de Derecho y la ciudadanía universal de la ciudadanía democrática.

“El derecho cosmopolita es una consecuencia de la idea del Estado de Derecho”, afirma Habermas. La expansión cosmopolita del Estado de Derecho occidental, sostiene, obedece tanto a la lógica interna de las instituciones democráticas como al contenido semántico de los derechos del hombre (Cfr. Habermas, 1994, 1998, 2005).

Se trata en todos estos casos de ejemplos muy característicos de una utilización fuertemente etnocéntrica de la *domestic analogy*, que da por descontada la analogía entre la *civil society*, que entre los siglos XVII y XVIII ha sostenido el desarrollo del Estado moderno europeo por una parte, y por otra la actual y supuesta *global civil society*.

El argumento analógico consistiría en aplicar a todas las civilizaciones del planeta – y al plantea como tal– las categorías de la representación democrática, de la separación de poderes y de la tutela de los “derechos del hombre”⁴⁵.

En esta clave antropológicamente dogmática, Habermas se ha distinguido, como es sabido, en producir argumentos universalistas a favor ya sea de la Guerra del Golfo de 1991, como de la “guerra humanitaria” de Kosovo de 1999.

⁴⁵ Para una crítica de estas posiciones puede verse Suganami, 1989.

Capítulo IV. El Estado de Derecho en crisis

La teoría del Estado de Derecho que se ha venido discutiendo debería también ofrecer una contribución a los nuevos problemas que hoy, en los inicios del tercer milenio, son necesarios afrontar para la promoción de los derechos subjetivos y la contención del poder arbitrario.

En el contexto de la creciente complejidad social y de los procesos de globalización, los problemas con los cuales nos podemos encontrar pueden ser unificados bajo el concepto genérico de “crisis del Estado de Derecho”.

La crisis refiere tanto al funcionamiento de las estructuras “garantistas” de los Estados occidentales, en particular la versión eurocontinental de la segunda posguerra, como a nivel global, la protección de los “derechos del hombre”. Si se debe creer o dar fe de los documentos de las Naciones Unidas y de organizaciones no gubernamentales como Amnesty International o Human Rights Watch, millones de personas hoy son víctimas en todos los continentes de una violación sin precedentes de sus derechos fundamentales.

La amplitud del fenómeno es la consecuencia, no solo del carácter despótico o totalitario de muchos regímenes estatales, sino también de decisiones arbitrarias de sujetos internacionales dotados de gran poder político, económico o militar. Estos

poderes se han incrementado con los procesos de globalización tornándose incontrolables y tras ellos se perfila la sombra del *global terrorism*⁴⁶.

Están bajo acusación la guerra, la pena de muerte, la tortura, los malos tratos carcelarios, el genocidio, las epidemias, las reglas del comercio internacional, las deudas externas que desangran a los países más pobres, la explotación neo-esclavista de hombres y mujeres, la explotación neo-racista de pueblos marginados –palestinos, kurdos, tibetanos, indoamericanos, aborígenes africanos y australianos– y la devastación del ambiente natural, entre otros.

Las razones de la crisis pueden ser catalogadas en dos registros distintos: primero aquel que da cuenta de los fenómenos de complejización social, dentro del área de las sociedades avanzadas y protagonista de la revolución tecnológica informática. Segundo, aquel que da cuenta de los procesos de integración a escala regional y a nivel global.

En el primer registro cobra relieve la crisis de la capacidad regulativa de los ordenamientos jurídicos estatales y la decreciente efectividad de la protección de los derechos subjetivos. Dentro del segundo registro el tema central se refiere a la erosión de la soberanía de los Estados nacionales y a la prevalencia de poderes y de sujetos transnacionales que se sustraen a la lógica de la difusión y diferenciación del poder.

⁴⁶ Sobre los procesos de globalización la literatura es muy amplia. Véase: Beck, 1998; Bauman, 2003.

IV.1. La crisis de la capacidad regulativa de la ley y la inflación del derecho

No se puede por cierto sostener que en las sociedades complejas de Occidente hoy estén en crisis los presupuestos filosóficos del Estado de Derecho. Mucho menos, después de la caída del Imperio Soviético y el “agotamiento” de la ideología marxista, el individualismo parece dominar cada aspecto de la vida social, de los modelos de consumos y estilos de vida, experiencias familiares y profesionales y una puntillosa tutela de la *privacy* por parte de instituciones burocráticas *ad hoc*.

Lo que pareciera estar en crisis es más que nada la “capacidad regulativa” del ordenamiento jurídico y el “rendimiento” en términos de efectividad normativa de las prescripciones de las leyes, provenientes de diversos órganos que desarrollan o deberían desarrollar funciones legislativas.

Las razones de esta *impasse* funcional, que golpea en particular a las democracias de Europa occidental, han sido analizadas por la sociología sistémica del derecho en términos de “inflación del derecho” en las sociedades diferenciadas y complejas (Luhmann, 1985).

El proceso de diferenciación de los subsistemas sociales estimula al ordenamiento jurídico a perseguir dicha evolución con una creciente producción de normas de contenido siempre más especializado y particular. Pero el derecho es un instrumento mucho más rígido y lento respecto a la flexibilidad y rapidez evolutiva de subsistemas como, en particular, el científico-tecnológico o el económico, que están dotados de una elevada capacidad de autoprogramación y de autocorrección.

De aquí se deriva la crisis inflacionaria del derecho, que lleva consigo devaluación, redundancia e inestabilidad normativa y, al fin, impotencia regulativa.

Al multiplicarse la cantidad de actos legislativos se llega a una creciente opacidad expresiva y extensión de los textos, siempre más cargados de referencias tecnológicas y de reclamos vinculados a otros textos normativos.

La fragmentariedad de las disposiciones, la referencia a situaciones de emergencia, la tendencia a “programar” más que a disciplinar, agravan la tendencia de esta legiferación estatal hasta perder el requisito de la generalidad y la abstracción, y acercarse cada vez más en la sustancia a los actos administrativos⁴⁷.

Y naturalmente el modelo del “código” con sus iluministas pretensiones de claridad, sistematicidad, universalidad e invarialibidad en el tiempo, no es hoy más que una reliquia histórica sumergida en una derrota aplastante por la “microlegislación”.

A estos fenómenos se debe agregar, sobre todo para los países europeos directamente envueltos en el proceso de integración política, no solo la multiplicación de sus fuentes normativas internas, tanto formales como informales, sino también las supranacionales.

La tendencial anomia debida al sobrecargo normativo deviene así agravada por la dificultad de identificar los “principios generales” del ordenamiento jurídico en cuya definición concurren una variedad de órganos jurisdiccionales que se atribuyen la competencia de interpretar las normas nacionales, las regionales y las internacionales.

Toma vida así un derecho de naturaleza prevalentemente jurisprudencial, por definición sustraído a los esquemas del Estado de Derecho. Para ser golpeados o

⁴⁷ Ya Carl Schmitt, en su ensayo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1996), ejercitaba su crítica contra la motorización de la ley que la transformaba en acto administrativo.

impactados por la capacidad regulativa del derecho legislativo están tanto el principio de difusión del poder como el de diferenciación del poder. Como consecuencia directa, está gravemente amenazado en particular el principio de legalidad.

La hipertrofia normativa tanto en el derecho penal como en el derecho civil aumenta desmesuradamente el poder de los intérpretes y de los jueces hasta configurar un verdadero y propio poder normativo de los tribunales de hecho autorizados a reescribir los textos legislativos.

No solo la *ignorantia legis* es muy difusa, estando el ciudadano siempre en menor grado de saber cuáles son las leyes válidas, sino que la deliberada ignorancia de las leyes es una práctica jurisdiccional inevitable hasta para los tribunales de más alto rango. Ignorar tácitamente en todo o en parte las leyes parece ser una condición devenida necesaria no solo para emitir sentencias, sino para desenvolver las actividades administrativas de rutina. Se multiplican así dentro de la estructura del Estado las áreas de autonomía de *ultra legem* y hasta *contra legem*.

Sobre estos aspectos del despotismo “legiscéntrico” del Estado de Derecho continental europeo se ha centrado la áspera polémica de autores como Hayek. Ellos han contrapuesto a las “orgías” normativas del Poder Legislativo democrático la auténtica tradición garantista del *rule of law* anglosajón, fundado en la tradición del *common law* y sobre la confianza al Poder Judicial, y no a los parlamentos del deber de defender los derechos de la libertad (Cfr. Hayek, 1961, 1996, 1997, 1998, 2001, 2002).

Las “libertades de los ingleses” son incompatibles, ha sostenido Hayek, con la tradición autoritaria e iliberal del Estado de Derecho continental. De allí que haya auspiciado la sustitución de las leyes parlamentarias por un derecho consuetudinario y por principios, confiados esencialmente al poder discrecional de los jueces.

Un “derecho de los jueces” podría garantizar mucho más que la caótica emisión de normas específicas que hoy caracteriza a la actividad legislativa de los parlamentos democráticos, tanto la certeza del derecho como la tutela de los derechos subjetivos.

Lo que todavía no puede liberarse de esta crítica liberal conservadora del Estado de Derecho eurocontinental –en algunos aspectos muy lúcidas– es la propia circunstancia de que la propia inflación legislativa y el colapso de la certeza del derecho está llevando en Europa continental a una declinación de las funciones legislativas de los parlamentos y a un aumento del poder normativo de los jueces, y por lo tanto, a una de las modalidades más primitivas subdiferenciadas de producción del derecho.

IV.2. La decreciente efectividad de la protección de los derechos

En sus trabajos sobre la ciudadanía en Europa, Thomas Marshall ha sostenido que el reconocimiento de los derechos civiles –entre estos, en particular la propiedad privada y la autonomía contractual– se ha revelado del todo funcional a la economía de mercado en su fase naciente y más expansiva, mientras los derechos políticos, aunque nacidos en el curso del siglo XIX del conflicto de clases, han favorecido la inserción de las clases trabajadoras elitistas del “Estado liberal”. En cuanto a los así llamados “derechos sociales”, Marshall ha subrayado su paradoja radical, señalando el hecho de que a diferencia de los derechos civiles y en gran parte también de los políticos, los derechos sociales son de signo opuesto a la lógica adquisitiva del mercado.

Los “derechos sociales” tienden esencialmente a la igualdad mientras el mercado produce desigualdad. No obstante esto, Marshall sostenía que las instituciones británicas, modeladas por los principios del *rule of law*, serían capaces de subordinar a

los mecanismos del mercado a los criterios de la justicia social contaminando la lógica del librecambio con la protección los “derechos sociales” (Marshall, 1998).

El esquema analítico propuesto por Marshall ha sido expuesto a varias críticas por su reduccionismo evolutivo (Giddens, 1999, 2002), pero ello ofrece sin embargo una útil aproximación al tema de las relaciones entre el desarrollo de la economía de mercado, la evolución de las instituciones políticas y la afirmación de los derechos subjetivos en la Europa moderna.

Sobre la base de este esquema, y tomando distancia del optimismo social-demócrata que lo inspira, se puede sostener que en Europa continental se ha pasado del reconocimiento de los derechos civiles al de los derechos políticos y al final a los llamados derechos sociales; la garantía de los derechos se ha hecho siempre más selectiva, jurídicamente imperfecta y políticamente reversible.

Se puede hablar en suma de una suerte de ley de efectividad decreciente de las garantías de los derechos subjetivos. Y la razón hay que buscarla en las distintas relevancias que, a partir de la revolución industrial se ha instaurado en Europa entre el reconocimiento de los derechos por una parte, y las instancias generales de un sistema político jurídico correlacionado con la economía de mercado. En el curso de este camino secular el “Estado de Derecho” se ha abierto progresivamente a un reconocimiento formal de sucesivas “generaciones” de derechos hasta asumir los ropajes de aquello que ha sido llamado “Estado constitucional” y luego “Estado social” o “Estado de bienestar” o *Welfare State*.

De esta forma, en la historia del constitucionalismo europeo continental –y esta es la paradoja lúcidamente denunciada por Dicey, a fines del siglo XIX– al amplio y redundante reconocimiento de la titularidad formal de nuevas categorías de derechos

no se ha correspondido una paralela efectividad en el goce de los mismos por parte de los ciudadanos.

Respecto a los derechos civiles, los derechos políticos han estado siempre menos radicados en la tradición política de la Europa moderna. Como hemos visto, el derecho de sufragio ha estado subordinado a criterios censitarios ligados al mercado, por lo menos hasta un siglo después de las grandes revoluciones burguesas. Importantes sectores de sujetos económicamente marginales han quedado excluidos de los derechos políticos hasta las primeras décadas del siglo XX; en particular las masas obreras y campesinas, por no hablar de la exclusión política de las mujeres que ha sido superada recién en torno a la segunda mitad del siglo XX.

Y ha sido el mismo Kelsen el que sostuviera que en el contexto del “Estado de partidos”, los derechos políticos de los ciudadanos no eran mucho más que una “máscara totémica”: aquella de la soberanía popular y de la representación de institutos políticos privados de cualquier función real y ejercicio del poder (Kelsen, 1995b, 2005).

Y hoy importantes politólogos, como Sartori, sostienen que los derechos políticos de los ciudadanos están de alguna manera devaluados por el fenómeno de la “videocracia”, es decir, del extrapoder de los grandes medios de comunicación de masas, que dominan tanto el mercado económico como el político con instrumentos publicitarios sustancialmente equivalentes (Sartori, 2002).

Todavía más claramente que los derechos políticos, los así llamados “derechos sociales” han gozado, a partir de su aparición en la Constitución de Weimar, de una efectividad incierta más directamente expuesta a las contingencias del mercado.

Para garantizar la efectividad de los “derechos sociales” son necesarias prestaciones públicas –sistema provisional, subsidios, garantías de niveles mínimos de educación, salud, y bienestar– que consumen una muy elevada cantidad de recursos.

Y es por lo tanto natural que por su relevante incidencia en los mecanismos de acumulación de la riqueza y de la recaudación fiscal los “derechos sociales” presenten, en el contexto de una economía de mercado, un carácter aleatorio. Hoy, después de que la victoria planetaria de la economía de mercado y de los procesos de globalización económica han impuesto la necesidad de producir la así llamada “reforma del Estado social”, los derechos sociales han perdido en gran parte los requisitos de universalidad y operatividad jurídica –pensemos en el derecho al trabajo o en el derecho a la salud– y tienden a devenir en simples prestaciones asistenciales, confiadas a la discrecionalidad del poder político.

Y tal sería, sin perjuicio de su factibilidad económica y eficacia redistributiva, la erogación de un salario mínimo a favor de todos los ciudadanos que se inscribe dentro de una lógica reformista y que goza de gran consenso.

Muestra entonces todos sus límites la idea de un progreso natural del Estado de Derecho en dirección de la efectiva tutela, no solo de la “libertad negativa”, sino también de la “igualdad sustancial”, según los auspicios de la social-democracia europea del siglo XX. Así ha sostenido Bobbio (1991) que solo genérica y retóricamente se puede afirmar que todos son iguales respecto de los tres derechos fundamentales – el trabajo, la salud, la educación– como si se puede decir que son iguales en el goce de la libertad negativa.

Y no faltan autores como Pierre Bourdieu que sostienen que los procesos de globalización, extrayendo a los Estados de una parte relevante de sus prerrogativas

tradicionales, hoy tienden a confiar a los Estados nacionales esencialmente la garantía del orden político interno.

En este cuadro también el “Estado social” tendería a sustituir a la propia oferta asistencial una prevalente función represiva: de garante del bienestar colectivo el “Estado social” se estaría transformando en garante de los ciudadanos individuales, deviniendo, según el modelo de los Estados Unidos, en un “Estado penal” (Bourdieu y otros, 1999).

IV.3. La erosión de la soberanía del Estado nacional

La declinación de la soberanía de los Estados nacionales parece por ahora irreversible. Los procesos de globalización han definitivamente puesto en crisis el sistema westfaliano de los Estados nacionales que no está más en condiciones de afrontar problemas de escala global, tales como los problemas ambientales, el equilibrio demográfico, el desarrollo económico, la paz, la represión del crimen internacional, y la lucha contra el *global terrorism*.

Junto a los Estados se perfilan nuevos y poderosos sujetos de la arena internacional tales como corporaciones internacionales, uniones regionales, alianzas político militares, entre otras. Y junto a los tratados y a las convenciones internacionales emergen nuevas fuentes del derecho internacional, como las *transnational law firms*, es decir, grandes estudios que plasman las nuevas formas de la *lex mercatoria*. Al mismo tiempo, las funciones judiciales y las funciones de los jueces tienden a expandirse a nivel internacional, erosionando ulteriormente la soberanía jurisdiccional como prueba la institución del tribunal penal de La Haya y como sostienen los teóricos de la llamada *global expansion of judicial power*.

En un sistema de relaciones internacionales largamente condicionado por las conveniencias e intereses de los grandes poderes financieros a la decreciente eficacia regulativa de los ordenamientos jurídicos estatales se sobrepone el poder decisonal, dinámico e innovativo de los mercados, en particular en sectores de la política económica, fiscal y social.

En estos sectores el derecho internacional tiende a no operar más, weberianamente hablando, como una estructura racional de reforzamiento de las expectativas de los actores internacionales. Funciona como un instrumento compuesto y pragmático de gestión de los riesgos conexos a interacciones dominadas por la incertidumbre.

Estas transformaciones del derecho internacional acompañan a una crisis mucho más grave de la legalidad internacional y de las tradicionales funciones de las instituciones internacionales, en particular las Naciones Unidas. Tal es así que ellas no están en condiciones de controlar el uso internacional de la fuerza y de tutelar, desde este punto de vista, los “derechos del hombre”, comenzando por el derecho a la vida.

En una situación general de erosión de la soberanía de los Estados nacionales y de “anarquía” internacional las grandes potencias occidentales ven necesaria una superación del principio westfaliano del respeto de integridad territorial y de la independencia política de los Estados nacionales.

Ellas reivindican el derecho de intervenir militarmente por “razones humanitarias” los regímenes políticos que violen los “derechos del hombre”. En recientes “intervenciones humanitarias” de la OTAN en los Balcanes, bajo la égida de los Estados Unidos, la fuerza ha sido usada en abierta violación de la Carta de las Naciones Unidas, del derecho internacional general y de las constituciones de numerosos Estados europeos pertenecientes a la OTAN. Y se ha asumido que el uso de armas de destrucción masiva

y la muerte de miles de civiles es coherente con la protección internacional de los derechos del hombre (Ohmae, 1997).

Entonces, los esquemas de la difusión y de la diferenciación del poder propios del Estado de Derecho aparecen funcionalmente y espacialmente desfasados, y la teoría de los derechos subjetivos se ve constreñida a medirse con los problemas que van mucho más allá del ámbito del Estado nacional e intentan internacionalizarse.

Según algunos autores todavía sería irreal toda tentativa de regular el desarrollo global sobre la base de proyectos de unificación jurídica y política del mundo y sería preferiblemente necesaria una *deregulation*, que en perspectiva atribuya soberanía solamente a la fuerza de los mercados globales.

Según otros autores, en la perspectiva de un futuro “constitucionalismo global” una contribución decisiva será, sin embargo, ofrecer una jurisdicción penal internacional asistida por una policía internacional y operante sobre la base de un código penal universal.

En este sentido la Corte Penal Internacional que ha sido estatuida por el Tratado de Roma en 1998 es vista como el vector de la evolución futura de un “globalismo jurídico” que asegure en el plano internacional tanto la protección de los derechos subjetivos como la represión del uso arbitrario del poder.

Capítulo V. Conclusiones

Los análisis de la crisis del Estado de Derecho que han sido presentados nos llevan a una serie de cuestiones que ponen en duda las funciones y el destino de las instituciones, que por algunos siglos han garantizado en Occidente un cierto nivel de las libertades individuales y de la limitación del poder estatal.

Nos podemos interrogar, por ejemplo, cómo es posible, en presencia de una crisis tan grave de las categorías jurídicas como tales, recuperar el valor de la “certeza del derecho” dentro de las sociedades complejas, sin olvidar que se trata de un valor que ya en la primera mitad del siglo XX había sido censurado como puro idealismo normativo por los *jus* realistas americanos y escandinavos y que hoy es objeto de críticas severas en textos tanto de los *critical legal studies* como del *economic analysis of law*.

Y qué es posible hacer para restituir a la ley su carácter “general y abstracto” y para rescatar al derecho de su tendencia inflacionaria. Con cuáles medios se puede volver a dar eficacia al principio de legalidad, si el esquema tradicional de la diferenciación del poder ha sido objeto de la metamorfosis degenerativa de la representación política, y del carácter administrativo de la regulación efectiva de los casos concretos. Y todavía más como tutela los derechos políticos y los así llamados derechos sociales en una

creciente privatización de las funciones sociales, de retraimiento de la “esfera pública”, de declinación de las estructuras colectivas de la solidaridad social.

Qué destinos tendrán los “nuevos derechos”, qué será de la protección del ambiente y de la autonomía cognitiva de los ciudadanos expuestos a la creciente presión de los medios de comunicación de masas. Análogamente en lo que respecta al derecho internacional nos podemos preguntar si podemos contrastar con medios jurídicos el poder arbitrario de las grandes potencias económicas del planeta y de sus ramificaciones comunicativas, si es posible evitar que el “terrorismo global” afirme con éxito su sanguinaria alternativa al derecho y a la política.

Es dudoso que la estrategia kelseniana *–peace through law–* pueda ser acreditada como la más idónea para garantizar la paz internacional y reducir los desequilibrios económicos mundiales que son el obstáculo principal de la paz.

Fuertemente controvertida es también la posibilidad de restituir vigor a los ordenamientos estatales, de modo de darles la capacidad de imponer las reglas jurídicas a las fuerzas de los mercados globales, en particular en el terreno de la política industrial, financiera y fiscal.

Y no está claro cómo se puede obtener, en los procesos de integración regional, que sus ordenamientos jurídicos se inspiren de alguna manera en el modelo del Estado de Derecho, sustrayéndose a la hegemonía de los grandes intereses económicos financieros y a la prevaricación de las burocracias administrativas que de hecho “custodian” el orden regional.

Otra incertidumbre es si es posible y deseable dar vida a un Estado de Derecho planetario, que emerja de una reforma de las actuales instituciones internacionales, y

que alcance no solo a las Naciones Unidas, sino también a las naciones de Bretton Woods.

No se entrevén soluciones reformistas para lograr que la justicia penal internacional sea puesta a los servicios del hombre y no de la conveniencia de las potencias estratégicas.

En fin, cómo será posible reactivar con instrumentos jurídicos y no violentos en la degeneración neocolonial –comunicativa, militar y judicial– de la misma causa de la protección de los derechos.

Son todos estos interrogantes cruciales que la teoría del Estado de Derecho tiene que contestar con claridad y realismo. Dichos interrogantes no podrán tener otra respuesta que las ya implícitas en las reflexiones desarrolladas hasta ahora. Resta entonces señalar algunas cuestiones que genéricamente intenten dar una respuesta válida. Es un intento de responder dichos interrogantes en línea con la discusión teórica propuesta.

V.1. El Estado de Derecho como orden político mínimo

El Estado de Derecho se presenta hoy, con su rigurosa pretensión de tutela de los derechos individuales, dentro de un escenario global que no le es ciertamente favorable. Es un escenario caracterizado por una aceleración del cambio social en los países más industrializados y por una creciente polarización de la pobreza a nivel mundial; factores, ambos, de inestabilidad y de turbulencia.

Y todavía más, el retorno del Estado de Derecho, salvo que se trate de una operación rigurosa y políticamente responsable, podría ser interpretado como una tentativa de recuperar, por parte de la cultura política de Occidente, su patrimonio más precioso.

No obstante sus imperfecciones, sus tensiones internas, sus límites y su crisis actual, el modelo del Estado de Derecho no parece tener alternativas en Occidente ni en el plano teórico y en el plano político.

Debido a la crisis de las grandes ideologías del siglo XX, acompañada de la “caída del socialismo real” y degradación videocrática de las instituciones representativas, parece recomendar al Estado de Derecho como estructura garante de un “orden político mínimo”. Él será capaz de asegurar un orden político estable y conjuntamente un nivel aceptable de tutela de los derechos subjetivos, en particular de los derechos civiles.

Y la protección de los derechos civiles –de derecho a la vida, las libertades fundamentales, la propiedad privada– parece hoy el objetivo primario dentro de sociedades complejas en las cuales aumenta el sentimiento de inseguridad y de soledad de los ciudadanos.

También en las áreas de mayor desarrollo económico un número de personas teme por la seguridad física y por la de sus bienes, se siente amenazada por la criminalidad urbana, y ansiosa por la falta de trabajo o el temor a perderlo.

Es este contexto el que Ulrich Beck ha llamado “sociedad del riesgo”, el Estado de Derecho podría ser visto como un sistema político no despótico, no plebiscitario y no totalitario; que sea capaz de una eficaz regulación de los riesgos colectivos y garantice al mismo tiempo suficientes espacios de autonomía social y de libertad individual.

El tema se hace más delicado si es verdad que hoy, bajo la influencia de los procesos de globalización, se está perfilando una “sociedad global del riesgo” (Beck, 2006; Bauman, 2001).

Esto no significa que el orden político mínimo del Estado de Derecho pueda ser entendido, en cuanto “mínimo”, como universalmente aplicable, como si pudiese corresponder a una suerte de rawlsiano *overlapping consensus*.

El orden político mínimo del Estado de Derecho podría ser inconciliable con culturas no occidentales que no compartan los presupuestos individualistas y podría resultar, por tanto, en este sentido, no solamente extraño a ellos, sino intolerante y opresivo.

V.2. La inflación internacional del *Bill of Rights*

Norberto Bobbio ha asumido como índice del progreso moral de la humanidad la sucesión de declaraciones internacionales que se definen siempre con mayor amplitud como los “derechos del hombre”, y los ha especificado en distintas subcategorías.

Bobbio ha admitido, al mismo tiempo, la creciente dificultad que encuentra la efectiva garantía internacional de los derechos y por esto ha arribado a proponer el abandono de toda discusión teórica a favor de un empeño puramente pragmático (Bobbio, 1991).

En realidad, se puede sostener, que junto a la inflación del derecho legislativo, se ha asistido, en la segunda mitad del siglo XX a una verdadera inflación de las Cartas de derecho. Cualquiera que sea el valor simbólico o moral, se ha tratado de un verdadero diluvio de documentos, tratados y convenciones internacionales, que no han sido mucho más que prolijas, repetitivas e ineficaces combinaciones normativas.

Muchos gobiernos occidentales, o gravitantes en la órbita occidental, han suscripto sin dudar estos documentos, con intenciones sedativas en sus confrontaciones con sus oposiciones internas y confiando en la cómplice tolerancia de las potencias aliadas sobre sus sistemáticas violaciones.

El lenguaje de los derechos, ha escrito Bobbio, puede tener una gran función práctica pero “deviene engañable si oscurece y oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y aquel reconocido y protegido” (Bobbio, 1991).

La inflación de las cartas de derecho, acompañada de una ineffectividad internacional de los derechos proclamados, evidencia problemas generales que merecen ser profundizados en al menos tres direcciones teóricas.

V.2.1. *Law in books y law in action*

La hipertrofia internacional de las cartas debería sobre todo inspirar una profunda desconfianza realista, tanto en el sentido del realismo político como del realismo jurídico, en confrontación de una tradición “cartasea” que se ha difundido en la segunda mitad del siglo XX; sobre todo gracias a la vocación retórica de los grandes actores internacionales, en especial la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A esta tradición declamatoria podría ser opuesta la sobriedad de la tradición británica. En la patria de los derechos de las libertades y del *rule of law*, la oralidad de la constitución se acompaña de un difundido consenso social acerca de la protección de la “libertad de los ingleses” y a una práctica administrativa consecuente con ello. Y esto se verifica en ausencia de una constitución rígida, de un control judicial de legitimidad constitucional y de cualquier mecanismo de jerarquización del ordenamiento jurídico.

Se podría decir que en toda Gran Bretaña todo el Estado de Derecho es un “derecho consuetudinario viviente” y mucha más *law in action* que *law in books*.

En el plano internacional este argumento podría hacerse valer en contra de los fervientes autores del *global constitutionalism*. Y podría ser usado también contra quienes sostienen que una constitución escrita es la *conditio sine qua non* de la

protección de los derechos en la Europa unificada. Mientras parece más plausible sostener que los ciudadanos europeos sufren de un exceso de normativas constitucionales, tanto de parte de las constituciones nacionales como de las Cortes Constitucionales de varios países.

V.2.2. Gobierno de los hombres y gobierno de las leyes

En segundo lugar a la expansión pletórica de las compilaciones normativas, se podría responder no solo como se ha señalado, con una tentativa de formulación rigurosa y selectiva no solo de la teoría del Estado de Derecho y de la teoría de los derechos subjetivos, sino también con la construcción de estructuras político-jurídicas de control de aplicación de efectividad de las normas. Y es una ilusión iluminista pensar que una sociedad— tanto más si se trata de una sociedad compleja o transnacional— es un dócil destinatario de las normas legislativas, plasmable según la racionalidad intrínseca de los principios jurídicos.

Y es una ilusión normativista sostener que hoy, el poder creciente de los intérpretes de las leyes —sobre todo jueces nacionales e internacionales— sea debido exclusivamente a las razones técnico-estructurales de las crisis de la certeza del derecho, y por tanto a la inflación legislativa, a la mala calidad técnica de los textos, a su contenido particularista, a la desordenada pluralidad de fuentes nacionales e internacionales.

Los padres de la constitución americana creían ciegamente en la contraposición del “gobierno de los hombres” y el “gobierno de las leyes”. Pensaban que gracias a la constitución escrita, en los Estados Unidos, se estaría rigurosamente bajo *un governmet of law not of men*.

En realidad, como ha demostrado el realismo jurídico, el “gobierno de los hombres” está siempre presente dentro del “gobierno de las leyes”, y no puede ser iluminísticamente entendido como su negación.

Aun en la más perfecta república de las leyes, sostenía Carl Schmitt (1996, 2002), los que gobiernan son los hombres y no las leyes, soberanos son los intérpretes y no los legisladores (Schmitt, 1996, 2002; Bobbio, 1996).

A pesar del debate entre Portalis y Bentham, la discrecionalidad de los intérpretes, en particular de los jueces, puede ser simplemente reducida y canalizada por vínculos normativos e institucionales, pero no suprimida.

Suprimirla significaría, *tout court*, suprimir lisa y llanamente la política. Y no solo es altamente significativo sino también paradójal, que en la praxis del *rule of law* inglés sea el poder de los intérpretes de la ley, es decir de los jueces del *common law*, el que ofrezca en última instancia la garantía de protección de los derechos de libertad, aun contra la letra de los actos del Parlamento.

Es entonces en la tradición de la jurisprudencia inglesa que el “principio de legalidad” asume como premisa mayor no simplemente las leyes parlamentarias sino junto a ellas y eventualmente en contraste con ellas, los principios de libertad de una constitución no escrita, que respeta las tradiciones inmemoriales y la cultura civil de todo un pueblo. Bajo este perfil entonces, el énfasis normativista del “globalismo jurídico” y del cosmopolitismo jurídico debería dejar el lugar a una cauta visión historicista y pluralista de la evolución de los ordenamientos jurídicos.

V.2.3. Cultura jurídica y formación de los jueces

Podría ser útil, en tercer lugar, una teoría del gobierno de los hombres dentro del Estado de Derecho.

Esto significa que un rol decisivo dentro del Estado de Derecho y en la tutela de los derechos subjetivos tiene íntima vinculación con la cultura jurídica de los administradores. Y esto en un modo particular, por la “ideología normativa” para usar el léxico de Alf Ross (1994), de los jueces ordinarios.

Y entonces, la efectividad de la protección de derechos subjetivos depende en gran medida, más que de los aparatos normativos y de las estructuras institucionales del Estado de Derecho, de los “prejuicios garantistas” de la magistratura ordinaria.

Una política del “derecho garantista” debería tener en su centro temas como la formación cultural y la selección de los jueces, su experiencia y sensibilidad social, su identidad e integridad profesional, su orientación hacia los “fines del derecho”, más que el formalismo de un evanescente “método jurídico” que se pretende “puro” y valorativamente neutral.

Todo esto vale con más razón para las jurisdicciones penales internacionales, en las cuales los magistrados son normalmente desarraigados de toda tradición jurídica local y están totalmente en la oscuridad de los problemas políticos y sociales, que han hecho de contexto a los comportamientos desviados a los cuales ellos pretenden aplicar una justicia internacional.

V.3. La lucha por el derecho

El Estado de Derecho puede ser considerado un “orden político mínimo” esencialmente limitado a las garantías de los derechos civiles.

Esto puede significar dos cosas diversas; por un lado, que se trata de una estructura normativa e institucional sin alternativa en Occidente, y que sería altamente riesgoso intentar abatirla o simplemente contrastarla en nombre de ideologías anárquicas, autoritarias o totalitarias.

Por otro lado, puede significar que mientras la tutela de los derechos civiles pertenece, por así decirlo, a la normalidad fisiológica del Estado de Derecho, solo una presión conflictual puede lograr que el nivel mínimo sea superado. Solo el conflicto está en capacidad de restituir efectividad al ejercicio de los derechos jurídicos, reecatándolos de su condición de puro ceremonial electoral, y de garantizar éxito a las expectativas y reivindicaciones tanto a escala nacional como internacional.

Se abren aquí dos posibles interpretaciones del Estado de Derecho, que en parte recalca la oposición entre “la aproximación liberal” y “la aproximación democrática” de lo que ya hemos hablado, y en parte la supera.

Una primera interpretación identifica la tutela de los derechos subjetivos con lo que se ha llamado “democracia constitucional” (Dworking, 1997; Michelman, 1988).

Se trata de la idea, esencialmente ligada al constitucionalismo americano, de que la garantía necesaria y de algún modo suficiente de la protección de los derechos subjetivos sea el resultado del equilibrio e interacción entre “todos” los poderes del Estado, en el contexto de una constitución escrita y rígida, de una corte constitucional o tribunal con funciones análogas y de un penetrante control de constitucionalidad sobre los actos legislativos. Esto implica sobre todo sustraer los “principios constitucionales” a la competencia decisional de las mayorías parlamentarias y confiarlos a la custodia “imparcial” del Poder Judicial.

En este contexto la praxis jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede ser considerada una lectura moral de la Constitución como propone Ronald Dworkin, o el ejercicio de una forma de autogobierno que subroga la autogestión de los ciudadanos como propone Michelman (1988).

Se trata entonces de interpretaciones tendencialmente “impolíticas”, paternalistas y aconflictuales del Estado de Derecho y de la democracia que confían su suerte a la custodia de las “altas burocracias judiciales”.

En alternativa a esta interpretación puede ser propuesta una concepción activista y conflictualista, tanto de la tutela de los derechos subjetivos como del funcionamiento del Estado de Derecho. “Los derechos” existen y las instituciones los garantizan en la medida en que sean activados a través del conflicto social.

Esta alternativa realista –maquiaveliana– podría ser titulada “lucha por el derecho”, para usar la clásica fórmula de Von Jhering (1957).

Sin mínimamente excluir la relevancia de las instituciones y de los procedimientos, con esta fórmula se podría entender, ante todo, un empeño civil para que la ritualización jurídica conserve su capacidad de sobreponerse a reglas, y por lo tanto, tornarse en alguna medida, visible y controlable, el ejercicio del poder estatal e internacional.

Las fuerzas vivas de la “sociedad civil” y dentro de ella, en modo particular, los representantes de la cultura jurídica, no debieran delegar a los órganos del Estado de Derecho –comprendidas las asambleas electivas– ni siquiera la tutela de los derechos civiles fundamentales.

Aun el derecho a la vida está constantemente amenazado y están también expuestas al riesgo las libertades fundamentales –la libertad de pensamiento sobre todo–, en sociedades dominadas por los medios de comunicación de masas.

Ocurriría en segundo lugar una batalla civil por la actuación de los derechos políticos, por las expectativas que están detrás de los así llamados “derechos sociales” y de los “nuevos derechos”. Se trata de intereses y de expectativas de gran relieve, que el Estado de Derecho como tal no está inclinado a reconocer de modo estable, sino en términos asistenciales, y por lo tanto, enormemente inefectivos.

Solo una nueva “viviente costumbre jurídica” podría hacer efectiva la tutela de estos intereses y de estas expectativas, obviamente bajo ciertas condiciones políticas y económicas generales.

En los países occidentales los derechos subjetivos pueden ser defendidos y promovidos no solo dentro del ordenamiento del Estado de Derecho, sino también fuera de su ámbito formalizado, con instrumentos políticos informativos, culturales, educativos y económicos.

Ciertamente estaría fuera de lugar evocar hoy la noción rousseauiana de “soberanía popular”, sobre todo teniendo en cuenta la dimensión global de los problemas, de los conflictos y de las fuerzas antagonistas.

Ni tendría mucho sentido referirse genéricamente al poder constituyente originario de energía política y de normatividad jurídica.

Sí podría revelarse útil una teoría realística, de nuevos sujetos “productores del derecho” a nivel nacional e internacional, y de las posibles formas de una nueva *political jusgenesis* (Michelman, 1988).

En todo caso no se debería olvidar que los derechos subjetivos, aun cuando estén proclamados de las formas más solemnes y moralmente vinculantes, son el resultado de las *opportunities* que premian a los vencedores de la lucha política, una lucha conducida, como ha subrayado Bobbio (1991), con el uso de la fuerza.

Los derechos son “prótesis” que consienten en reivindicar con mayor posibilidad de éxito y sin recurrir al uso de la fuerza la sofisticación de los intereses y de las expectativas socialmente compartidas.

También la limitación del poder arbitrario y la protección institucional de los derechos subjetivos, las dos prestaciones específicas del Estado de Derecho, son el resultado histórico de “luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”. En otras palabras, son la otra cara del conflicto social: nacen y caen con él.

Bibliografía

- Altini, C. (2005). *La fábrica de la soberanía*. Buenos Aires: Cuenco de Plata.
- Anderson, P. (1985). *Estado absolutista*. México: Siglo XXI.
- Arcos Ramírez, F. (s/f). "Una defensa de la 'moral interna del derecho'. Derechos y Libertades", disponible en <www.ual.es/Universidad/Depar/FiloDer/doc/UNA%20DEFENSA%20DE%20LA%20MID.pdf>.
- Banjul Charter on Human and Peoples' Rights*, disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/instate/z1afchar.htm>>.
- Banning, L. (1978). *The Jeffersonian Persuasion*. Ithaca: Cornell University Press.
- Baratta, A. (1980). "Estado de Derecho", en Negri, A. (ed.) *Scienze politiche 1: Stato e Politica*. Enciclopedia Feltrinelli-Fischer. Milán: Feltrinelli.
- Barbelet, J. M. (1988). *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Bauman, Z. (2001). *En busca de la política*. Buenos Aires: FCE.
- Bauman, Z. (2003). *La globalización (consecuencias humanas)*. México: FCE.
- Baylin, B. (1967). *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo*. Barcelona: Paidós Ibérica.

- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.
- Becchi, P. (1993). "Distinciones acerca del concepto hegeliano de sociedad civil", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 14, disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_19.pdf>.
- Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza.
- Black, A. (1996). *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Blackstone, W. (2003). *Commentaries on the Laws of England in four books*, disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=10785>.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Bobbio, N. (1996). *El Futuro de la democracia*. México: FCE.
- Bobbio, N. (2000). *Liberalismo y democracia*. Buenos Aires: FCE.
- Bobbio, N. (2006). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bobbio, N. y otros (1991). *Diccionario de política*. México: Siglo XXI.
- Bourdieu, P. y otros (1999). *La miseria del mundo*. Madrid: Akal.
- Bull, H. (1977). *The Anarchical Society*. Londres: Macmillan.
- Campi, A. (2006). *Nación, léxico de política*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Carré de Malberg, R. (1998). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: FCE.
- Cicerón (1989). *La república y las leyes*. Madrid: Akal.
- Coke, E. (2003). *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, compilado por S. Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, disponible en <www.dominipublico.gov.br/download/texto/0462-01_Bk.pdf>.

- Constant, H. B. (1943). *Principios de política*. Buenos Aires: Americana.
- Constant, H. B. (1968). *Curso de política constitucional*. Madrid: Taurus.
- Constant, H. B. (1985). *Adolfo*. Madrid: Cátedra.
- Constant, H. B. (2002). *Sobre el espíritu de la conquista, sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*. Madrid: Tecnos.
- Contreras, C. (2005). “La influencia del pensamiento humanista clásico en los orígenes ideológicos de la revolución americana”, en *Anales*. La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.
- Crossman, R. H. S. (2000). *Biografía del Estado moderno*. México: FCE.
- Dahl, R. (2003). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires: FCE.
- Dahrendorf, R. (1993). *La democracia en Europa*. Madrid: Alianza.
- Dahrendorf, R. (1996). *La cuadratura del círculo*. México: FCE.
- Dahrendorf, R. (2002). *Después de la democracia*. Barcelona: Crítica.
- Di Salvatore, E. (2006). “Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea”, en *Teoria del diritto e dello Stato*, Nº 1/3.
- Dicey, R. (1941). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (1997). *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Falk, R. (2002). *La globalización depredadora: una crítica*. Barcelona: Siglo XIX.

- Ferguson, A. (1974). *Un ensayo sobre la Historia de la Sociedad Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Fernández Vega, J. (2005). *Las guerras de la política*. Barcelona: Edhasa.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999a). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999b). *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. Buenos Aires: Paidós.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005a). *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México: UNAM.
- Ferrajoli, L. (2005b). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006a). "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 15, julio-diciembre. México: UNAM, disponible en Biblioteca Jurídica UNAM, <www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst15/CUC1505.pdf>.
- Ferrajoli, L. (2006b). *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Forstohff, E. (1958). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Forstohff, E. (1966). *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.
- Forstohff, E. (1967). *Sociedad industrial y administración pública*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.
- Forstohff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Forstohff, E. (1986). *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Funes, E. (2005). *La desunión: república y no-dominación en Maquiavelo*. Buenos Aires: Gorla.
- Galli, C. (2002). *Espacios políticos: la edad moderna y la edad global*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Giddens, A. (1999). *Tercera vía*. Madrid: Taurus.
- Giddens, A. (2002). *Un mundo desbocado: Cómo está modificando la globalización nuestras vidas*. Madrid: Taurus.
- Goyard-Fabre, S. (2002). *Os fundamentos da orden jurídica*. San Pablo: Martins Fontes.
- Guariglia, O. (1993). *Ideología, verdad y legitimación*. Buenos Aires: FCE.
- Habermas, J. (1994). *Ensayos políticos*. Barcelona: Península.
- Habermas, J. (1996). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Habermas, J. (1998). *Más allá del Estado Nacional*. México: FCE.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hall, J. A. e Ikenberry, G. J. (1991). *El Estado*. México: Nueva Imagen.

- Hayek, F. A. (1961). *The Constitution of Liberty*. Oxford: Routledge and Kegan Paul / Clarendon Press.
- Hayek, F. A. (1996). *Las vicisitudes del liberalismo*. Madrid: Unión.
- Hayek, F. A. (1997). *El capitalismo y los historiadores*. Madrid: Unión.
- Hayek, F. A. (1998). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión.
- Hayek, F. A. (1999). *Socialismo y guerra*. Madrid: Unión.
- Hayek, F. A. (2001). *Principios de un orden social liberal*. Madrid: Unión.
- Hayek, F. A. (2002). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza.
- Hearn, W. E. (2002). *The Government of England: Its Structure and Its Development*. Boston, MA: Adamant Media Corporation.
- Held, D. (1997). *La democracia y el orden global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Held, D. (2002). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.
- Held, D. (2003). *Globalización / antiglobalización sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Held, D. (2005). *Un pacto global*. Madrid: Taurus.
- Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. Buenos Aires: FCE.
- Hobsbawm, E. (1997). *La historia del siglo XX*. Barcelona: Crítica.
- Humboldt, W. (1983). *Escritos políticos*. México: FCE.
- Humboldt, W. (1988). *Los límites de la acción del Estado*. Madrid: Tecnos.
- Humboldt, W. (1997). *Escritos de filosofía de la historia*. Madrid: Tecnos.
- Jacobson, A. J. y Schlink, B. (comps.) (2000). *Weimar, Jurisprudence of Crisis*. California: University of California Press [publicado originalmente en 1928 como “Der Bürgerliche Rechtsstaat”, en *Abendland* 3, Nº 7, abril. Colonia: Gilde Verlag].

- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. México: FCE.
- Jellinek, G. (2003). *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. México: UNAM, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=976>>.
- Kant, I. (1963). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, I. (1975). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, I. (1977). *Crítica del juicio*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, I. (1978). *Crítica de la razón pura*. Madrid: Alfaguara.
- Kant, I. (1979). *Filosofía de la historia*. México: FCE.
- Kant, I. (1982). *Cómo orientarse en el pensamiento*. Buenos Aires: Leviatán.
- Kant, I. (1987). *Primera introducción a la crítica del juicio*. Madrid: Visor.
- Kant, I. (1998). *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2002). *Lecciones de ética*. Barcelona: Crítica.
- Kant, I. (2004a). *El conflicto de las facultades*. Buenos Aires: Losada.
- Kant, I. (2004b). *Filosofía de la historia: Qué es la ilustración*. La Plata: UNLP.
- Kant, I. (2004c). *Reflexiones sobre filosofía moral*. Salamanca: Sígueme.
- Kant, I. (2005a). *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*. Madrid: Cátedra.
- Kant, I. (2005b). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Kant, I. (2006). *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1995a). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1995b). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM.

- Kelsen, H. (2005). *Esencia y valor de la democracia: Forma del Estado y Filosofía*.
México: Coyoacán.
- Krader, L. (1972). *La formación del Estado*. Barcelona: Labor.
- Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- Locke, J. (1999). *Lecciones sobre la ley natural, discurso fúnebre del censor*. Granada:
Comares.
- Locke, J. (2003). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa.
- Locke, J. (2005a). *Carta sobre la tolerancia*. Madrid: Tecnos.
- Locke, J. (2005b). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: FCE.
- Luhmann, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. Londres: Routledge and Keagan Paul.
- Luhmann, N. (1997). *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en
la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales*. México: Anthropos.
- MacCormick, N. (1993). "Constitutionalism and Democracy", en Bellamy, R. (comp.)
Theories and Concepts of Politics. Manchester: Manchester University Press.
- MacCormick, N. (1998). *El proceso constitucional europeo: una visión teórica*.
Barcelona: Gedisa.
- Marshall, T. H. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- Marx, K. (2005). *La cuestión judía*. Quilmes: UNQ.
- Michelman, F. (1988). "Law's Republic", en *The Yale Law Journal*, Nº 97. New Haven,
CO: Yale University Press.
- Miller, D. y otros (1987). *The Blackwell Encyclopedia of Political Thoughts*. Oxford: Basil
Blackwell.
- Montesquieu, Ch. (1985). *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos.

- Montesquieu, Ch. (1997). *Cartas persas*. Madrid: Cátedra.
- Naef, W. (1973). *La idea del Estado en la edad moderna*. Madrid: Aguilar.
- Oakeshott, M. (2001). *El Estado europeo moderno*. Barcelona: Paidós.
- Ohmae, K. (1997). *El fin del Estado-Nación*. Santiago: Andrés Bello.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Pocock, J. G. A. (1987). *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Pocock, J. G. A. (2002). *El momento maquiavélico*. Madrid: Tecnos.
- Poggi, G. (1997). *El desarrollo del Estado Moderno*. Quilmes: UNQ.
- Portinaro, P. (2003). *Estado: léxico de política*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Rawls, J. (1990). *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Raz, J. (1985a). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: UNAM.
- Raz, J. (1985b). "Ensayos sobre derecho y moral", en *Serie G: Estudios Doctrinales*, N° 62. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, disponible en Biblioteca Virtual Jurídica de la UNAM, <www.bibliojuridica.org>.
- Raz, J. (1986a). *Razonamiento práctico*. México: FCE.
- Raz, J. (1986b). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1991). *Razón, práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Raz, J. (2001). *La ética de lo público*. Barcelona: Gedisa.

- Rentería, A. (2003). "Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli", en *Isonomía*, Nº 19, disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia_11.pdf>.
- Rosler, A. (2002). "Hobbes y el naturalismo político en Aristóteles", en *Deus mortalis*, Nº 1. Buenos Aires.
- Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J. J. (2004). *El contrato social*. Madrid: Istmo.
- Sabine, G. H. (1958). *Cicero. On the Commonwealth*. Nueva York: Blackwell.
- Sandel, M. J. (1996). *Democracy's Discontent*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sartori, G. (2002). *Homo videns*. Buenos Aires: Alfaguara.
- Scalia, A. (1989). "The Rule of Law as a Law of Rules", en *University of Chicago Law Review*, Nº 1175.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.
- Schmitt, C. (1994). *Legalidad y legitimidad*. Buenos Aires: Struhart & Cía.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (1999). *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (2000a). *Romanticismo político*. Quilmes: UNQ.
- Schmitt, C. (2000b). "The liberal Rule of Law", en Jacobson, A. J. y Schlink, B. (comps.) *Weimar, Jurisprudence of Crisis*. California: University of California Press.
- Schmitt, C. (2001a). *Catolicismo y forma política*. Madrid: Tecnos.

- Schmitt, C. (2001b). "Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" anexo en Orestes Aguilar, H., *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: FCE.
- Schmitt, C. (2002a). *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Struhart & Cía.
- Schmitt, C. (2002b). *El Leviatán en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Buenos Aires: Struhart & Cía.
- Schmitt, C. (2002c). *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum*. Granada: Comares.
- Schumpeter, J. A. (1984). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio.
- Scruton, R. A. (1982). *Dictionary of Political Thoughts*. Londres: Pan Book.
- Seller, H. (1942). *Teoría del Estado*. Buenos Aires: FCE.
- Shennan, J. H. (1976). *Le ogirini dello stato moderno in Europa*. Bolonia: Il Mulino.
- Shklar, J. N. (1987). "Political theory and the rule of law", en Hutchinson, A. y Monahan, P. J. (eds.) *The rule of Law. Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell.
- Sieyès, E. (2003). *¿Qué es el Tercer Estado?, Ensayo sobre los privilegios*. Madrid: Alianza.
- Skinner, Q. (1985). *Los fundamentos del pensamiento político moderno I. El Renacimiento*. México: FCE.
- Skinner, Q. (1986). *Los fundamentos del pensamiento político moderno II. La Reforma*. México: FCE.
- Skinner, Q. (1990). *La idea de la libertad negativa en la filosofía en la historia*. Barcelona: Paidós.
- Skinner, Q. (2003). *El nacimiento del Estado*. Buenos Aires: Gorla.

- Sping Andersen, G. (1993). *Los Tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Alfons el Magnanim.
- Strasser, C. (2002). *La vida en la sociedad contemporánea*. Buenos Aires: FCE.
- Strayer, J. R. (1981). *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*. Barcelona: Ariel.
- Suganami, H. (1989). *The Domestic Analogy and World Order Proposals*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Tocqueville, A. (2002a). *El antiguo régimen y la revolución*. Madrid: Alianza.
- Tocqueville, A. (2002b). *La democracia en América*. Madrid: Alianza.
- Vallespín, F. (2000). *El futuro de la política*. Madrid: Taurus.
- Vanosi, R. (1975). *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Von Jhering, R. (1947). *Tres estudios jurídicos*. Buenos Aires: Atalaya.
- Von Jhering, R. (1957). *La lucha por el derecho*. Puebla: Cajica.
- Von Jhering, R. (1961). *El fin en el Derecho*. Puebla: Cajica.
- Von Jhering, R. (2003). *La Posesión*. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México.
- Von Savigny, K. (2004). *Sistema del derecho romano actual*. Pamplona: Analecta.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Buenos Aires: FCE.
- Weber, M. (2003). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Quilmes: UNQ.
- Wood, G. S. (1969). *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Carolina: The University of Carolina Press.
- Wood, G. S. (1993). *The Radicalism of the American Revolution*. Nueva York: Vintage Books.
- Zimmerman, H. J. (2005). *Las transformaciones de la soberanía*. Corrientes: UNNE.

Zolo, D. (1989). *Reflexive Epistemology*. Boston: Kluwer.