



Casa abierta al tiempo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
Unidad Iztapalapa

División de Ciencias Sociales y Humanidades
Doctorado en Humanidades - Filosofía Moral y Política

“ESTADO DE DERECHO: UN MODELO EN TRES DIMENSIONES”

Tesis que presenta Octavio Martínez Michel, matrícula 2153803468
para obtener el grado de: Doctor en Humanidades (Filosofía Moral y Política)

Director de tesis:
Dr. Jesús Rodríguez Zepeda

Jurado:
Dr. Jesús Rodríguez Zepeda
Dr. Juan Antonio Cruz Parcero
Dr. Luis Armando González Placencia

*Al Caracol y a la Luna
por la dicha de caminar y respirar junto a ustedes*

*A mamá y papá
por todos sus sacrificios para darnos alegría*

*A hermanas y hermano
por todos los juegos compartidos*

Índice

Agradecimientos.....	7
Introducción	9
Modelo Formal y Modelo Sustantivo de Estado de derecho, una distinción problemática....	10
La dimensión <i>político - participativa</i> del Estado de derecho.....	15
La lucha política como elemento teórico del Estado de derecho	16
Estructura del trabajo	22
Sección I: la dimensión filosófico conceptual del Estado de derecho	24
Capítulo 1. El Imperio de la ley	24
1.1 Imperio de la ley y obediencia al derecho	24
1.2 El concepto formal.....	26
1.3 La valía del Imperio de la ley	30
1.4 Los principios del Imperio de la ley	33
1.5 Imperio de la ley como asociación moral	40
1.6 El sentido político del Imperio de la ley	47
Capítulo 2. La racionalidad del Estado, autolimitación del poder político.....	55
2.1 Los derechos como premisa racional del Estado de derecho.....	60
2.2 La libertad, consenso y legitimación racional del Estado de derecho	63
2.3 Racionalidad de la legalidad y obediencia al Estado	68
Capítulo 3. Condiciones materiales de existencia y Estado de derecho	74
3.1 El derecho de propiedad	74
3.2 Propiedad y ciudadanía.....	77
Capítulo 4. Poder político y dimensión conceptual del Estado de derecho	81
4.1 La forma del Estado: armonizar soberanía y libertad	81

4.2 La forma del Estado: republicanism y constitucionalismo	86
4.3 Anotaciones finales: Estado de derecho y democracia	91
Sección II: la dimensión democrático igualitaria del Estado de derecho.....	92
Capítulo 5. Igualdad y Estado.....	92
5.1 El sentido igualitario de la legalidad moderna.....	92
5.2 La igualdad ante la ley en el Estado de derecho	97
Capítulo 6. Intervención estatal e igualdad material en el Estado de derecho.	101
6.1 John Rawls: la justicia social como imperativo racional	101
6.2 La insuficiencia liberal de Rawls. Negar el derecho a la igualdad.	104
6.3 La insuficiencia igualitaria de Rawls. Reforzar el derecho a la igualdad. .	106
6.4 Los derechos sociales como condición racional del Estado de derecho. ...	118
6.5 Derechos sociales, democratización social y materialización del Estado de derecho.	123
6.6 Garantías legales para los derechos sociales.....	126
6.7 No sólo intervención del Estado: participación política y protección multinivel para los derechos sociales.....	131
Capítulo 7. La igualdad en el terreno de la participación política (democrática)	136
7.1 Legitimación democrática de la legalidad: llevar la igualdad moderna a sus últimas consecuencias.....	136
7.2 Teoría del discurso y la relación entre poder y derecho.	146
<i>Principio 1: Soberanía popular.</i>	146
<i>Principio 2: garantía de una comprehensiva protección de los derechos individuales.</i>	147
<i>Principio 3: legalidad de la administración.</i>	148
<i>Principio 4: separación entre Estado y sociedad</i>	149
7.3 La fuerza integradora del Estado de derecho	152
7.4 La igualdad: bisagra entre constitucionalismo y democracia	156
Sección III: La dimensión política del Estado de derecho	159

Capítulo 8. El joven Marx y la crítica al Estado de derecho: relaciones entre socialismo y constitucionalismo	161
8.1 Preliminares. La teoría del derecho en Marx	161
8.2 La crítica a los <i>derechos del hombre</i> . Encubrimiento del presente	164
8.3 La separación entre sociedad civil y sociedad política. Crítica a la teoría del Estado: hacia la democracia radical.....	168
8.4 El Marx de la Ilustración y sus implicaciones para el derecho.....	176
8.5 El trabajador como dueño de sí mismo. Caminos para la ciudadanía universal.	180
Capítulo 9. Carl Schmitt: crítica al Estado de derecho.	184
9.1 Ecos de Marx y el lado oscuro de la soberanía.....	184
9.2 La especificidad de lo político. Sobre la imposibilidad de neutralizar el conflicto.	185
9.3 La Constitución del Estado <i>burgués</i> de derecho.....	188
9.4 Ley y Estado de derecho. Lo político en la Constitución	192
9.5 Derechos fundamentales. Privatización de la vida religiosa y fundación política	196
9.6 División de poderes: obstáculo para la unidad política	200
9.7 Constitución mixta (aristocrática): la forma política del Estado de derecho	203
Capítulo 10. Democracia agonista y la dimensión política del Estado de derecho	207
10.1 Populismo y democracia radical	207
10.2 La conformación del pueblo	209
10.3 Conflicto democrático y vitalización de las instituciones	217
10.4 Populismo, democracia agonista y futuro	226
Capítulo 11. La lucha por el derecho y la dimensión político – participativa del Estado de derecho.....	227
11.1 La lucha como fundamento para una concepción política del derecho ...	230
11.2 La lucha individual como reivindicación colectiva	233
11.3 La lucha por el derecho y la unidad política	237
11.4 La lucha por el derecho y el Estado democrático de derecho.....	242

Conclusiones246

1.- Dimensión filosófico - conceptual. Herramientas para el presente y garantías para el futuro del Estado de derecho. 247

2.- Dimensión democrático igualitaria. Apremio del presente y proyección del futuro.250

3.- Dimensión político participativa. Hacerle justicia al pasado y defender el futuro251

Bibliografía 254

Agradecimientos

Este trabajo de investigación fue hecho en el Programa de Doctorado en Humanidades, línea de Filosofía Moral y Política de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa (UAM–I). Para su realización resultó indispensable la beca PNPIC otorgada por Conacyt y el apoyo extraordinario otorgado por la Rectoría General UAM, no puedo sino expresar mi profundo agradecimiento a ambas instituciones por brindarme las condiciones institucionales y materiales óptimas para ello.

Agradezco también a Jesús Rodríguez Zepeda, director de esta tesis, por todo el intercambio académico y humano generado en los cuatro años que ha durado este trabajo; su lectura fina, crítica y generosa, así como su compromiso intelectual y social me permitió poner la mirada donde debía hacerlo cada vez que extraviaba la brújula. Me alegra muchísimo haber compartido este proyecto con él.

Reconozco igualmente la labor de coordinación del posgrado que, en momentos distintos, realizaron el propio Jesús y Gustavo Leyva durante mi estancia como estudiante de doctorado en la UAM – I, con su sello particular ambos contribuyeron a mi desarrollo profesional y a hacer la vida fácil cuando los trámites parecían complicarla. Parte importante del prestigio del que goza nuestro posgrado se les debe a ellos.

Mención especial requieren mis profesoras y profesores del programa de doctorado, así como mis compañeras y compañeros del mismo. En ese orden, vuelvo a agradecer a Gustavo Leyva por haberme impulsado a participar en congresos que sin duda sirvieron para detonar el potencial de este trabajo; también agradezco a María Pía Lara, Dulce María Granja y Carmen Trueba quienes siempre mostraron interés por mi trabajo y contribuyeron a su mejora en los seminarios del posgrado. Igualmente, agradezco a mis compañeras Beatriz Marcos y Ana Cabello quienes hicieron comentarios críticos a mi trabajo que me permitieron pensar con mayor claridad el problema que planteo y generaron momentos de calma y alegría cuando las evaluaciones exponenciaban la angustia. Mis compañeros Octavio León, Marcos Alegría y Omar Pineda también fueron fundamentales para poder llevar a buen puerto la investigación, agradezco su mirada crítica sobre mi trabajo y su camaradería.

No puedo dejar de mencionar aquí a mi amigo y colega Ricardo Bernal quien acompañó esta investigación desde el primer momento brindándome su apoyo fraternal y su agudeza intelectual cuando la necesitaba. Muchas discusiones con él resultaron decisivas para la redacción de este

trabajo. Igualmente, mi amigo y colega Gerardo Ambriz me acompañó con su sencillez y fortaleza, su ejemplo me impulsó a seguir en muchos momentos de flaqueza. No menos agradecido estoy con mi amiga y colega Nydia Pineda que tantas veces estuvo dispuesta a escuchar mis intuiciones y con quien trabajé muchísimas horas intentando darle orden a lo que aquí presento, su generosidad, su experiencia y su cariño le dieron vuelo a este trabajo cuando la claridad y energía se me agotaban.

Ningún trabajo de esta naturaleza puede hacerse sin amor. Yo he tenido la inmensa fortuna de tener a manos llenas el de Cynthia y Gabriel, amadas compañeras de vida con quienes he caminado este trayecto y con quienes he pensado todo este tiempo los horizontes de la justicia; han sido mi luz y mi alegría todo este tiempo, nada de lo que he escrito habría tenido sentido sin las risas enloquecidas antes de dormir o el pan dulce por las mañanas. Gabriel llegó a nuestras vidas al mismo tiempo que yo empecé a trazar los primeros bocetos de esta tesis, así, nuestras noches se llenaron de cuidados para él y mi trabajo se convirtió en la búsqueda de un mundo mejor que heredarle. Lo que escribo no es sólo un trabajo de investigación, sino un manifiesto de amor para ustedes.

Nuestra querida Ivy acompañó este trabajo con su cariño y su fuerza inagotable. Siempre estaré profundamente agradecido de tenerla cerca, así como de compartir los anhelos de justicia y paz para nuestras vidas.

Finalmente, agradezco a mi madre, mi padre, mis hermanas y mi hermano. Todas y todos me han acompañado con su amor y su inteligencia en mis años de investigación. Me siento enormemente afortunado de haber compartido todo esto con ustedes y en deuda permanente por haberme enseñado a no voltear la mirada cuando la injusticia se presenta.

Lo que presento pues, es producto de un trabajo colectivo de filósofas y filósofos que discuten sobre los horizontes del derecho y la democracia, también una reflexión sobre la justicia compartida con personas amadas. Todo lo que este trabajo tenga de meritorio debe ser atribuido a todas y todos quienes me acompañaron. Por supuesto, todo lo que tenga de erróneo es únicamente responsabilidad mía.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es presentar una reflexión crítica sobre el concepto de Estado de derecho que permita dar cuenta tanto de los elementos lógico – formales que le dan sentido, como de las condiciones materiales indispensables para su realización. A su vez, en tanto que el Estado de derecho ya no puede plantearse hoy en día disociándolo de la democracia, nos proponemos especificar las tensiones que complican la construcción de un Estado de derecho en clave democrática. En ese sentido, proponemos revisar si la mejor salida para dichas tensiones es armonizar normativamente los principios del constitucionalismo con los de la democracia o, acaso mejor, plantear al Estado democrático de derecho como un sistema político – jurídico paradójico que jamás podrá darle una solución final a sus tensiones internas y que, por tanto, requiere de una participación popular persistente y creativa para ser sostenido.

La ruta de investigación está guiada por dos temáticas:

- 1) *Análisis de la contraposición entre un modelo formal y un modelo sustantivo de constitucionalismo.* Se trata de una comparación recurrente en los análisis históricos y conceptuales del Estado de derecho en la que se suele afirmar que el *modelo formal* está emparentado íntimamente con el liberalismo clásico y que estaría caracterizado por dar prioridad a las formas *lógico – jurídicas* necesarias para el diseño institucional de un Estado de derecho, dejando en segundo término las demandas de justicia social y democratización; por su parte el *modelo sustantivo* se caracterizaría por intentar equilibrar las exigencias lógico – formales del Estado de derecho con las demandas de justicia y democratización. Como explicaremos más adelante, se trata de una distinción problemática en tanto que hace parecer que el llamado *modelo formal* no es sustantivo y que las demandas de justicia social y democratización no requieren también de elementos lógico – formales para su realización. Así, nuestra propuesta sería dejar de lado la distinción entre dos modelos contrapuestos de Estado de derecho para hablar de tres dimensiones del Estado de derecho: una *filosófico - conceptual*, una *democrático – igualitaria* y una *político – participativa*.
- 2) *Exploración de una dimensión político – participativa.* En esta temática proponemos exponer al Estado de derecho como la consecuencia no sólo de teorías filosóficas, sino de luchas políticas concretas por los derechos y por un sistema de contención de la arbitrariedad. No se trata de un análisis empírico o histórico de los movimientos sociales o revoluciones que han dado vida al Estado de derecho, más bien se trata de una perspectiva conceptual en la que se intenta mostrar a la lucha política y el conflicto democrático como elementos teóricos importantes para darle unidad a un modelo de Estado de derecho. Esta exposición pretende mostrar por un lado, que los principios del constitucionalismo no

pueden considerarse como teoremas sino como amalgamas complejas entre teoría jurídica y práctica política; por otro, pretende mostrar por qué es necesaria una consideración atenta sobre la relación entre participación política y el consenso jurídico si se quiere plantear un modelo de Estado de derecho integral.

Modelo Formal y Modelo Sustantivo de Estado de derecho, una distinción problemática

En el debate contemporáneo sobre el Estado de derecho es común que se enfatice la distinción entre un *modelo formal* de ese Estado y un *modelo material o sustantivo* del mismo. Según quienes sostienen lo anterior, el *Estado de derecho formal* estaría caracterizado por una especie de “obsesión legalista” en la que por *Estado de derecho* se entiende un sistema político – jurídico que en el papel está configurado para garantizar los derechos humanos, una adecuada distribución y división de los poderes políticos, una eficaz fiscalización de la administración y el imperio de la ley en todos los conflictos políticos y sociales. Sin embargo, en la práctica lo que sucede, según quienes sostienen esta distinción, es que todo aquello que está garantizado formalmente, no está realizado materialmente¹. Según los críticos del *modelo formal*, al contrastar lo que garantiza el Estado de derecho con la aplicación real de sus principios, nos encontramos con que hay amplios sectores de la población excluidos de la protección de dicho Estado porque se ha supuesto que el mero hecho de declarar un Estado de derecho a través de los mecanismos legislativos pertinentes implica su realización. Esto es, se oculta que hay desigualdades materiales que impiden que todos los ciudadanos puedan ejercer los derechos consagrados en el modelo de Estado de derecho.

Así, desde muy diversas arenas -la sociología jurídica, la antropología jurídica, la filosofía del derecho y otras- se ha denunciado que no es posible realizar el Estado de derecho si no se atienden las condiciones materiales de existencia. Un caso paradigmático de esta posición lo podemos encontrar en las intervenciones de Ponciano Arriaga dentro del Congreso Constituyente mexicano de 1857:

Si exclusivamente nos ocupamos de la discusión de principios políticos adelantaremos mucho ciertamente porque demostraremos que son injustos y contrarios a la naturaleza del

¹ Se trata de una discusión que remite en alguna medida a la crítica de Marx en *Sobre la Cuestión Judía* a los derechos humanos. Justo la crítica de Marx a esos derechos, identificados como derechos burgueses, dio pie a que las conceptualizaciones del Estado de derecho fueran adoptando la llamada *cuestión social* en el entramado de derechos necesarios para la protección de los individuos contra la arbitrariedad. Entre quienes aún sostienen la distinción entre un Estado de derecho formal y uno sustantivo, podemos destacar a juristas como Elías Díaz, Gustavo Zagrebelsky y Luigi Ferrajoli. Si bien no siempre podemos encontrar en ellos una crítica de tono marxista al Estado de derecho, lo que sí es un punto en común es la tesis de que el Estado de derecho formal o liberal es insuficiente para atender los problemas de las sociedades contemporáneas.

hombre todos los obstáculos que, como un derecho, se han opuesto a la igualdad y a la libertad, pero no habremos andado sino la mitad del camino y la obra no será perfecta mientras tanto no quede expedita la actividad humana en todo lo que interesa a la vida material de los pueblos.²

En tiempos más recientes, Luigi Ferrajoli ha sido una figura prominente dentro de la teoría del derecho que ha denunciado la insuficiencia del *modelo formal* de Estado de derecho y ha apostado por una refundación de éste en sentido social y cosmopolita que permita la materialización de los derechos y garantías que a todos nos debe asegurar el Estado de derecho³. Desde la perspectiva del jurista italiano, la teoría constitucional atraviesa por una crisis que se explica en buena medida por haberle dado prioridad a los procedimientos necesarios para legislar, frente a los contenidos que debe tener esa legislación. Esto ha dado pie al fortalecimiento de un paradigma legalista de Estado de derecho (y de democracia)⁴ que impide dar respuesta satisfactoria a los problemas sociales contemporáneos (migración, globalización mercantil, desigualdad económica entre el norte y el sur del mundo, crisis ecológica mundial, etc.) y dar cauce constitucional adecuado a los derechos sociales y las demandas de justicia de los más desfavorecidos.

Así, la distinción entre un *modelo formal* y un *modelo sustantivo* del Estado de derecho se configura como una denuncia frente a las élites jurídicas y políticas en la que se exige que, más allá de los principios formales del Estado de derecho (principio de legalidad, división de poderes, protección de los derechos humanos), se establezca un marco normativo *sustantivo* en el que el Estado de derecho incluya la protección de las condiciones materiales de existencia (derechos sociales), la protección de grupos sociales marginados o discriminados, así como la protección de los bienes comunes de la humanidad (ecológicos, culturales, etc.). En el fondo, la idea de un *modelo sustantivo* de Estado de derecho es que la realización del Estado de derecho es imposible si el diseño institucional – legal se configura sólo a través de *principios abstractos* – como

² Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856 – 1857), México, 1856....*, p. 388

³ Ver, Luigi Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell, Winstano Orozco y Rodolfo Vásquez (coords.), *Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, pp. 194 y ss.

⁴ Al respecto es también ilustrativo: Ulrich Rödel, Günter Frankenberg y Helmut Dubiel, *La Cuestión Democrática*, Huerga y Fierro, 1997, Madrid, España. En él, los autores critican el cierre conceptual alrededor del término “democracia” en la segunda mitad del siglo XX realizado por los defensores de la democracia liberal. Según esta perspectiva, la cuestión democrática habría sido definida jurídicamente por el marco legal de las constituciones de las democracias liberales, lo que impediría que las disputas por la igualdad pudieran tener cabida en los marcos constitucionales contemporáneos.

denunciaba Arriaga- y no se consideran las condiciones materiales en las que se desarrolla una sociedad.

Ahora, si bien la denuncia frente al llamado formalismo es importante en la medida en la que señala los alcances y limitaciones de una legalidad abstracta con pretensiones universalistas, un problema de la distinción entre *modelo formal* y *modelo sustantivo* de Estado de derecho es que hace parecer como si los principios formales del Estado de derecho fueran menos importantes que sus contenidos. Es decir, al establecer que existe una *dimensión sustantiva* se hace una dicotomía en la que los principios formales aparecen como *no sustantivos*. Esto resulta problemático sobre todo porque la supuesta *dimensión sustantiva* sería irrealizable si no estuvieran establecidos antes los principios formales del Estado de derecho. Esto es, la materialización de los derechos sociales, económicos, culturales a la que apunta el *modelo sustantivo* en efecto requiere de la atención de los problemas concretos de las sociedades y eso no se puede hacer del todo si nos quedamos únicamente con los principios abstractos del Estado de derecho. Sin embargo, dicha materialización depende forzosamente de que esos principios abstractos estén asentados institucionalmente, pues son la base que nos permite pensar a futuro y poder atender aquellas condiciones materiales de existencia de las que hablábamos líneas atrás.

Desde esta óptica, resulta un poco difícil explicar en qué sentido la *dimensión formal* no sería sustantiva e incluso en qué sentido la *dimensión sustantiva* no sería también formal. De hecho, la protección e institucionalización de los derechos que dan sentido a la pretendida *dimensión sustantiva* requiere también de principios legales abstractos que puedan ser incluidos en el marco de Estado de derecho (¿Cómo, si no, podríamos garantizar el derecho de todos a los medios materiales suficientes para una subsistencia digna?). Es decir, si las demandas de justicia social no se conceptualizan más allá de las demandas concretas, es imposible darle protección a los grupos marginados, discriminados o a los bienes comunes de la humanidad a largo plazo.

De cualquier forma, lo que nos parece acertado de quienes defienden el llamado *modelo sustantivo* es la afirmación de la necesidad de justicia social para la realización del Estado de derecho. Esto es, la crítica que se ha hecho del llamado *formalismo liberal* (que quizá tiene su origen más claro en el texto de juventud de Marx *Sobre la Cuestión Judía*), ha permitido notar que en el centro de la teoría de Estado de derecho ha estado la protección de las instituciones y libertades que permiten el desarrollo del capitalismo y la clase burguesa. Así, a pesar de que el Estado de derecho desde su origen se ha planteado en clave universal y abstracta, existen

evidencias palpables de que la protección frente a la arbitrariedad –aspecto fundacional del Estado de derecho- ha sido todo menos universal. Marx fue especialmente claro en esto cuando denunció que el aparato institucional del Estado de derecho enmascaraba como *hombre abstracto* al *hombre burgués*, de tal suerte que quienes estaban mayormente protegidos en el Estado de derecho eran los capitalistas y los pequeños propietarios⁵.

Esta crítica caló hondo en la teoría del Estado de derecho y ha obligado a replantear el esquema en diversas ocasiones con el objetivo de garantizar la universalidad del modelo. La consecuencia más notoria que ha tenido esto es que el Estado de derecho se construye ahora en términos democráticos y de justicia social, mientras que en su origen Estado de derecho y democracia podían ser concebidos incluso como términos enfrentados. Lo que resulta significativo de esta transformación, es que, si bien se explica en términos empíricos por el impulso democratizador de las revoluciones estadounidense y francesa del siglo XVIII, así como por las diversas luchas políticas obreras, campesinas, feministas, anti-racistas y ecologistas de los siglos XIX y XX, se ancla también en el terreno conceptual.

La democracia se ha convertido en una exigencia social para el Estado de derecho, pero también en una exigencia lógico-formal. Esto es, si en el esquema del Estado de derecho sólo se toman por derechos humanos aquellos que protegen mayormente el espectro de acción de los propietarios, los llamados *derechos civiles*, entonces se tiende a excluir a amplios sectores de la población frente a la arbitrariedad estatal o de los particulares. Si esto fuera así, toda la pretensión de universalidad del Estado de derecho se viene abajo y, por tanto, la crítica de Marx se consumaría como una especie de epitafio para el constitucionalismo.

Esto obligó a dos modificaciones dentro del esquema de Estado de derecho: primero, a la construcción de un marco normativo de nivelación social que permitiera que los sectores económicamente desfavorecidos de la sociedad se pudieran desarrollar dentro del *orden civil* de una forma más igualitaria frente a los sectores favorecidos; segundo, a la construcción de un marco normativo que permitiera la ampliación de la participación política: libertad de asociación, libertad de reunión, derecho a la protesta, sufragio universal, etcétera.

La cuestión se explica como sigue: tal y como ha sostenido Joseph Raz, la pretensión fundamental del Estado de derecho es que una sociedad guíe sus actividades por el derecho, es

⁵ Karl Marx, “Sobre la Cuestión Judía”, en Ruben Jaramillo (ed.), *Escritos de Juventud sobre el Derecho*, Anthropos, España, 2008, p. 190.

decir, que el Estado de derecho requiere que las personas que integren dicho Estado obedezcan el derecho⁶. Así, si amplios sectores de la población están excluidos materialmente de la protección jurídica (se les considera libres e iguales en lo legal - abstracto, pero en lo concreto se niega su participación en los bienes sociales), no es difícil concluir que esos sectores podrán negarse a la obediencia del derecho, minando así las expectativas normativas del Estado de derecho. En ese sentido, tanto la protección de las condiciones materiales de existencia, como la protección de los derechos políticos que se encuentran en la base de la democracia resultan condiciones formales para la materialización del Estado de derecho. Derechos sociales y políticos apuntan tanto al ideal de universalización ínsito en la lógica constitucional, como a la expectativa de una sociedad ordenada por el derecho y protegida de la arbitrariedad.

Por esto último me parece que lo que Ferrajoli y otros han denominado *dimensión sustantiva* del Estado de derecho puede ser entendida mejor si la denominamos *dimensión democrático – igualitaria* del Estado de derecho. Si algo cambia con la crítica de Marx (y quienes lo siguieron) en la estructura del Estado de derecho es precisamente la inclusión de la democracia y la justicia social como principios, pero la *sustancia* del constitucionalismo no cambia: se trata de limitar la arbitrariedad pública y privada a través de instituciones jurídicas. No es que la propuesta de los socialistas, socialdemócratas o liberales igualitarios sea *más sustantiva* que la propuesta liberal clásica, en todo caso, si cabe un punto de comparación entre unas y otras, es la pretensión de realizar el Estado de derecho con justicia social y democracia.

Así las cosas, tendríamos hasta el momento dos dimensiones de Estado de derecho que sería necesario considerar: la *dimensión filosófico – conceptual* y la *dimensión democrático – igualitaria*. Creo que estas dos dimensiones ilustran bien cuáles son las expectativas del Estado de derecho en el mundo contemporáneo y nos permiten situar la tensión entre Estado de derecho y democracia de forma adecuada. Aún así, nos parece que es necesario agregar una dimensión más al esquema de Estado de derecho para comprender su complejidad y los retos que tenemos para su cabal realización, la *dimensión político - participativa*.

⁶ Joseph Raz, “El Estado de Derecho y su Virtud”, en Miguel Carbonell, Winstano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.), *El Estado de derecho...*, pp. 17 y ss.

La dimensión *político - participativa* del Estado de derecho

Para iniciar la exposición de esta dimensión usemos las palabras del propio Luigi Ferrajoli:

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que *ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales*: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo.⁷

Son palabras que hacen eco de la famosa conferencia *La lucha por el derecho* que Rudolf Von Ihering pronunciara en 1872 y cuya tesis principal era que todos los derechos habían sido obtenidos mediante la lucha y sólo con ella se conservarían. Ambas posiciones explicitan la dimensión política del Estado de derecho y del derecho mismo. Son un llamado de atención para no perder de vista que, cuando se teoriza sobre el Estado de derecho o sobre los derechos humanos, inevitablemente estamos tratando con conceptos que no surgen espontáneamente, sino que llegaron a nosotros después de difíciles y muchas veces sangrientas luchas para limitar la fuerza desmedida y el poder arbitrario.

Es importante notar que la *dimensión política* atraviesa las dos dimensiones con las que hemos estado trabajando hasta ahora. Resulta muy difícil explicar la construcción *filosófico - conceptual* del Estado de derecho o la construcción *democrático – igualitaria* sin apelar a luchas políticas detrás. Ninguna de las dos dimensiones surge completamente por un debate racional o por investigaciones iusfilosóficas, más bien, los debates e investigaciones fueron producto de presiones sociales persistentes o, por lo menos, lucha y debate se dieron al mismo tiempo. Aunque desde una perspectiva contemporánea la dimensión que hemos llamado *filosófico-conceptual* pueda parecer como un producto meramente teórico, lo cierto es que detrás de ella está la lucha política contra el absolutismo y contra el sistema de privilegios feudales (el propio Marx reconoce eso en *La Cuestión Judía*). De igual manera lo que está detrás de todas las teorizaciones *democrático – igualitarias* del Estado de derecho es la lucha política por la justicia social y el reconocimiento.

Si algo nos mostraron las obras de Karl Marx y de Carl Schmitt respecto al Estado de derecho es que su configuración estaba ligada a una lucha política muy específica, la de la clase burguesa

⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 2004, p. 54. Énfasis añadido.

frente al orden político tradicional⁸. Con todo, esto no hace que los principios formales del Estado de derecho se vuelvan un mero instrumento de dominación en favor de la facción política hegemónica; por el contrario, el temor de quienes teorizaban sobre el Estado de derecho de regresar a un régimen absolutista provocó que los principios formales del Estado de derecho fueran conceptualizados en una clave universalista con el fin de evitar tentativas despóticas en un futuro. Así, de forma consciente o inconsciente los teóricos del Estado de derecho dejaron las puertas abiertas para que en el esquema se incluyeran más derechos de los que se pensaron originalmente y para que se pensaran otras formas de distribuir el poder. Elías Díaz ha llamado a esto *fuerza integradora del Estado de derecho*⁹. Pero faltaban más luchas políticas para que estas puertas abiertas fueran cruzadas, faltaba pues la lucha organizada de obreros, feministas, campesinos, ecologistas y otros para que el Estado de derecho pudiera ser enunciado en clave social y democrática.

La lucha política como elemento teórico del Estado de derecho

Es importante subrayar que la lucha política no es sólo un dato empírico que acompaña el desarrollo del Estado de derecho, más bien es un elemento teórico indispensable para entender, por un lado, las transformaciones que ha tenido el esquema de Estado de derecho y por otro, las limitaciones que persistirán a futuro. La primera idea, la podemos comprender mejor si nos acercamos a la perspectiva de Ihering sobre el derecho, la segunda si nos acercamos a la crítica que desde el horizonte de la democracia radical se ha hecho al constitucionalismo.

Ambas parten de una tesis sociológica más o menos simple: la sociabilidad humana se desarrolla en espacios de conflicto. Dada esta circunstancia, es imposible entender las instituciones jurídicas sin atender a los jalones que hay tras de ellas y, a la vez, es imposible pensar un horizonte donde aquel conflicto haya quedado totalmente superado. Citemos un pasaje de la famosa conferencia de Ihering *La lucha por el derecho* para ejemplificar:

Todas las grandes conquistas que la historia del derecho tiene que señalar: la supresión de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de la propiedad de la tierra, de la industria, de la creencia, etc., han tenido que ser logradas tan sólo por ese camino de la lucha más violenta, continuada a menudo durante siglos, y no raramente con torrentes de sangre, pero en todas partes derechos pisoteados marcan el camino que ha tenido que seguir el derecho en ella. Pues

⁸ Ver, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2011, pp. 283 -284

⁹ Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 2011 (edición Kindle), posición 191.

el derecho es el Saturno que devora a sus propios hijos; el derecho sólo puede rejuvenecerse en tanto rompe con su propio pasado.¹⁰

Ahora, respecto a la crítica que al constitucionalismo se ha hecho desde la democracia radical pongamos como ejemplo lo que ha dicho Chantal Mouffe en su texto *La paradoja democrática*. En él, la filósofa belga hace un recorrido por las tensiones que se suscitan entre democracia y constitucionalismo en la teoría política contemporánea. Desde su perspectiva, el acercamiento entre ambas tradiciones políticas sólo puede entenderse si se le considera como una paradoja, como una vinculación conflictiva entre dos lógicas disímiles: la lógica de la limitación del poder a través de los derechos humanos y la división de poderes cuyo valor preponderante es la libertad (constitucionalismo); y la lógica de la soberanía popular que tiene por fundamento la creación de un *pueblo* que por fuerza requiere de mecanismos de inclusión y exclusión para consolidarse y cuyo valor preponderante es la igualdad (democracia).

Es significativo que, en el fondo de esta paradoja, Mouffe encuentre las limitaciones para el Estado democrático de derecho, así como las condiciones para el ejercicio de los derechos: [en él] “la perfecta libertad como la perfecta igualdad se hacen imposibles. Sin embargo, esta es la condición de posibilidad misma para una forma pluralista de la coexistencia humana en la que puedan ejercerse los derechos, donde la libertad y la igualdad puedan arreglárselas para coexistir de algún modo”.¹¹

La crítica fundamental de Mouffe al constitucionalismo contemporáneo es haber intentado solucionar la paradoja que implica la unión entre Estado de derecho y democracia intentando neutralizar el conflicto político que caracteriza la construcción de la soberanía popular. Así, señala que teorías como las de John Rawls y Jürgen Habermas nos arrojan a una especie de *mundo político utópico* en el que todos los conflictos se solucionan a través de consensos racionales logrados mediante el diálogo. Según Mouffe, el problema no es plantear la posibilidad de llegar a acuerdos o negociaciones razonadas para resolver los conflictos dentro de un marco democrático, sino plantear el consenso racional como un horizonte en el que los conflictos políticos podrían desaparecer. El problema de esta perspectiva racionalista, según Mouffe, es que omite datos antropológicos fundamentales sobre la sociabilidad humana y plantea modelos

¹⁰ Rudolf Von Ihering, *La lucha por el derecho*, Cajica, Puebla, 1957, p. 52

¹¹ Chantal Mouffe, *La paradoja democrática...*, p. 27

idílicos que nos impiden observar de frente los problemas a los que nos arroja la democracia constitucional.

La cuestión es que la búsqueda de un consenso racional nos hace creer que los problemas de sociabilidad son técnicos y dejamos de lado elementos como los afectos, que están metidos en las entrañas de la sociabilidad humana y en la construcción de un *demos* que es un elemento indispensable para que funcione una democracia. Esto, desde la perspectiva de la filósofa belga, nos somete a un escenario donde tanto la democracia como el constitucionalismo son irrealizables, pues las instituciones que las hacen posibles requieren de una *vitalidad* que no es posible obtener si se toma el consenso racional como la pauta a seguir. Por ello, es importante reconocer que lo positivo de la unión entre constitucionalismo y democracia es que ambas lógicas imprimen fuerza a las instituciones:

Al desafiar constantemente las relaciones de inclusión/exclusión que implica la constitución política “del pueblo” –necesaria para el ejercicio de la democracia-, el discurso liberal de los derechos humanos universales juega un importante papel en mantener viva la lucha democrática. Por otra parte, sólo gracias a la lógica democrática de la equivalencia es posible trazar unas fronteras y establecer un *demos*, sin el cual no sería posible ningún ejercicio real de los derechos.¹²

Respecto a esto hay varias cuestiones que anotar. En primer lugar, que Mouffe nos está planteando la vía para la realización de la democracia radical dentro de la configuración institucional del Estado de derecho; en segundo lugar, que abre perspectivas para la obediencia del derecho, que es una cuestión que se reconoce como fundamental tanto desde la perspectiva *filosófico - conceptual*, como desde la perspectiva *democrático – igualitaria*; tercero, que señala con claridad la necesidad de reconocer una dimensión política del derecho sin hacer de éste un mero instrumento del poder. Explico brevemente la importancia de cada una.

Primero, sobre la democracia radical y el Estado de derecho. Ha sido una tesis común al hablar de democracia constitucional, argumentar que se trata de un modelo de democracia moderada y que para su realización se requiere de un compromiso de las facciones radicales en el que admitan que no es posible plantear una soberanía popular ilimitada. Michelangelo Bovero, por ejemplo, ha señalado que el mayor peligro de la democracia constitucional proviene de la democracia radical:

¹² Chantal Mouffe, *La paradoja...*, pp. 26 - 27

[...]los defensores radicales del poder mayoritario tiende[n] cada vez más a concebir, a montar y a practicar el juego político de modo que se atribuya *todo el poder al vencedor*, fundándolo sobre mayorías preconstituidas y lo más blindadas posible, ajenas a los límites y los vínculos constitucionales y/o sobre la investidura personal del jefe, es decir, reproduciendo el paradigma del gobierno de los hombres o, peor, del hombre.¹³

En ese sentido, lo sugerente de la tesis de Mouffe consiste en haber planteado un modelo de democracia radical en el que no es necesario barrer con el constitucionalismo, por el contrario, se requiere de él, aunque no sólo como límite a los poderes mayoritarios, sino como *impulso vital*. Así, Mouffe ha tematizado su propuesta como *la construcción de una democracia agonista*. En ella, el objetivo primordial es que se reconozca la intensidad del conflicto político que conlleva la construcción de un pueblo, sin que ello nos obligue a situarnos en la posición de Carl Schmitt sobre la construcción de *lo político*. Esto es, se puede construir una democracia constitucional en clave radical, admitiendo el carácter irreductible de la soberanía popular, sin que ello nos lleve a renunciar a la lógica liberal y a movernos en el terreno de la dicotomía *amigo - enemigo*. Dice Mouffe:

[...] sostengo, pese a que Schmitt tiene razón al destacar las diferentes formas en que la lógica universalista liberal se opone al concepto democrático de igualdad y a la necesidad de constituir políticamente un «*demos*», que no estamos obligados a renunciar a una de las dos tradiciones. Considerar su articulación como el resultado de una figuración paradójica permite visualizar la tensión entre ambas lógicas de un modo positivo, en lugar de verla como algo que conduce a una contradicción destructiva. En vez de eso, sugiero que el hecho de reconocer esta paradoja nos permite comprender cuál es la auténtica fuerza de la democracia liberal.¹⁴

La tesis resulta interesante para nuestros fines, especialmente si la leemos en consonancia con aquello que decía Ferrajoli sobre que los derechos *no cayeron del cielo*, sino que son el producto de la lucha política. Porque lo que establece Mouffe es que los derechos propios de la tradición constitucional son el producto de la conformación de un *pueblo, un pueblo liberal*. Así, es importante reconocer que no podemos esperar que esos derechos se mantengan en el escenario político – jurídico solamente por la fortaleza de un consenso racional. Desde la perspectiva de la filósofa belga, mantener esos derechos, la división de poderes y todo el entramado del Estado de derecho depende además de una *lealtad democrática* que no puede lograrse por medios

¹³ Michelangelo Bovero, “Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 41 -42

¹⁴ Chantal Mouffe, *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2016, p. 26

puramente racionales, sino que se logra mediante afectos y pasiones que se desenvuelven en un espacio de conflicto.

Desde luego la tesis de Mouffe no está exenta de problemas. El primero que aparece a la vista es el de qué pasaría si esa *lealtad democrática* se desplaza hacia otro tipo de valores, digamos conservadores, que minen los avances en materia de derechos humanos que hemos tenido desde que el debate comenzó a darse. La respuesta de Mouffe al respecto es que ese es un riesgo inherente a la lógica democrática y es precisamente lo que debe alentarnos a abandonar las expectativas de un *consenso racional final*. Si queremos seguir incluyendo la democracia en el esquema constitucional, es necesario, según la filósofa belga, afrontar que el espacio de conflicto donde se desenvuelve requiere de una participación persistente de la ciudadanía para defender los derechos si no se quiere verlos barridos por algún partido de extrema derecha. Desde luego esta respuesta puede parecernos poco satisfactoria, sin embargo, es importante reconocer que ante la crisis de las democracias en el mundo es necesario plantear alternativas de este tipo si se quiere dar respuesta al reto que el creciente populismo nacionalista y xenófobo nos ha puesto enfrente. Creemos que no le falta razón a Mouffe al afirmar que la expectativa de que el consenso racional será suficiente para mantener en pie las instituciones del constitucionalismo no está dando los resultados esperados.

Ahora bien, sobre el tema de la obediencia al derecho que mencionamos párrafos atrás, vale la pena que nos detengamos en la cuestión de la *lealtad democrática* para explicar por qué creemos que la apuesta de Mouffe contribuye a la cuestión citada. Decíamos al inicio de este trabajo que Joseph Raz considera la obediencia como uno de los elementos fundamentales para la realización del Estado de derecho. Pues bien, no resulta un problema baladí intentar responder qué es lo que nos llevaría a obedecer el derecho.

Desde luego, una parte importante de este problema recae en la fuerza del Estado, se requiere de ella para poder garantizar el adecuado ejercicio de los derechos, “los derechos deben imponerse con la fuerza del Estado”, ha dicho Habermas en *Facticidad y Validez*¹⁵. Evidentemente, si esto es válido para los derechos, lo es también para el derecho en general. No se puede esperar que las personas obedezcan el derecho solo por su buena voluntad o porque el ordenamiento jurídico se considere como una especie de obra racional incuestionable. Aún

¹⁵ Jürgen Habermas, *Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2010, p. 201

teniendo el mejor de los ordenamientos jurídicos, el más justo, el más imparcial, son muchas las personas que tendrán razones para desobedecerlo, sin el Estado, los vínculos obligatorios del derecho penderían del hilo delgado de las costumbres.

Pero la pregunta que surge de inmediato es si la sola fuerza del Estado es garantía suficiente para esa obediencia. Desde nuestra perspectiva la respuesta es negativa. En primer lugar, porque ningún Estado, por fuerte que sea, puede pretender abarcar todos los rincones de su territorio; en segundo lugar, porque dejar la obediencia del derecho a la fuerza del Estado implica un despliegue descomunal de recursos, así como un aparato policiaco incorruptible (y sumamente invasivo) que resulta difícil de imaginar (o siquiera de defender). Que la vía de la fuerza sea la única fuente de obediencia al derecho resulta todo, menos práctica. Por lo demás se trata de un esquema que fortalecería enormemente al poder ejecutivo poniendo así en peligro el equilibrio constitucional y las libertades de los ciudadanos.

Así, si queremos imaginar un escenario donde las relaciones sociales estén guiadas primordialmente por el derecho requerimos de algo más que la fuerza del Estado. Al respecto el republicanismo antiguo fue especialmente lúcido: se requiere del consenso popular para poder esperar una obediencia continuada al derecho¹⁶. Si esto lo combinamos con la tesis de Mouffe sobre la *lealtad democrática*, lo que tenemos es un esquema en el que si la lucha política por integrar la soberanía popular da por resultado un *pueblo democrático – constitucional*, es decir un pueblo que asume los valores de la democracia y el constitucionalismo como los valores fundantes de su identidad, podríamos concluir que ese pueblo estaría dispuesto a defender esos valores frente a cualquier amenaza y que los obedecería al sentirlos como suyos.

Pasemos ahora a la cuestión de la dimensión política del derecho. Tanto las tesis de Ferrajoli, como las de Ihering y Mouffe nos enfrentan a un tema que ha sido delicado para la teoría del derecho al menos desde la segunda mitad del siglo XX: la dimensión política del derecho. Esto ha sido así porque los resultados de convertir el derecho en un mero instrumento de la política, tal y como hicieron los regímenes totalitarios, fueron lo suficientemente desastrosos y traumáticos como para no querer repetirlos. Así, desde entonces, teorizar en torno a la relación entre política y derecho ha sido complicado, optándose en muchos casos por apelar a una autonomía extrema del derecho respecto a la política.

¹⁶ Marco Tulio Cicerón, *La República y Las Leyes*, Akal, España, 1989, p.62

La cuestión, con todo, es que derecho y política son órdenes normativos íntimamente relacionados. Desde luego, el derecho pone límites al ejercicio del poder político y está hecho para reconducir las pasiones políticas por cauces institucionales, pero también es importante reconocer que la acción política puede transformar el derecho y muchas veces es indispensable que lo haga. Jhering insistió con frecuencia en sus escritos que el derecho no podía tenerse por una institución estática a menos que se quisiera desaparecer toda su fuerza, en un sentido similar Thomas Paine sostenía que “el derecho de los muertos no podía obligar a los vivos”¹⁷.

Ahora, es evidente que el derecho no puede responder totalmente a los vaivenes de las fuerzas políticas, al menos si se quiere que este pueda garantizar algún espectro de justicia y no sólo un orden policiaco. Pero esto es diferente a pretender que el derecho y sus operadores (jueces especialmente) deban permanecer en una especie de espacio “purificado frente a la política”. De hecho, como señalaba Duncan Kennedy, pensar que el derecho es un campo neutral alejado de la moral, la política o cualquier otro orden normativo solo nos lleva a enmascarar el hecho de que el ordenamiento jurídico está plagado de decisiones y hegemonías políticas, profundizando así la creencia de que el derecho no requiere de la participación ciudadana, ni de la acción política para ser defendido¹⁸.

De tal suerte que aún admitiendo los peligros que conlleva la excesiva politización del derecho, es indispensable reconocer que el derecho no puede mantenerse a sí mismo sin consensos democráticos sólidos, ni sin la acción política persistente. De hecho, entre más alejemos el derecho de la acción política, especialmente de la acción política popular, generamos mejores condiciones para la desobediencia del derecho, para la venganza y para que facciones políticas autoritarias tomen por asalto el ordenamiento jurídico y lo modifiquen a su antojo.

Estructura del trabajo

El texto que presentamos a continuación está dividido en tres secciones, cada una de las cuales se corresponde con las tres dimensiones que hemos planteado como necesarias para el análisis crítico del Estado de derecho. Así, la primera sección corresponde al análisis de la dimensión

¹⁷ Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 50

¹⁸ Ver, Duncan Kennedy, *Ensayos de teoría jurídica crítica*, Argentina, Siglo XXI, 2013

lógico – formal del Estado de derecho; la segunda sección a la dimensión *democrático – igualitaria*; y la tercera a la dimensión *político – participativa*.

La idea de presentarlas en ese orden responde a la pretensión de ilustrar, por un lado, las dificultades para profundizar los valores del autogobierno y la igualdad democrática en el desarrollo conceptual del Estado de derecho; por otro lado, nuestra presentación responde a la pretensión de discutir la oposición entre aspectos formales y sustantivos del Estado de derecho. En cuanto a las relaciones entre autogobierno, igualdad política y Estado de derecho, la idea sería que características como el imperio de la ley, la división de poderes y los derechos civiles tuvieron protagonismo en el esquema constitucional desde un inicio, mientras las nociones de equidad social, de igualdad democrática y de la misma política democrática fueron han sido conceptos que han tenido mayor dificultad para asentarse en el esquema constitucional. En cuanto a la discusión entre lo formal y lo sustantivo, nuestra idea ha sido presentar en primer lugar lo que tradicionalmente se ha entendido como formal y posteriormente lo que ha sido considerado como sustantivo pues creemos que de esa forma se ilustra mejor la *sustantividad* de la dimensión formal, así como la *formalidad* de lo que se considera como sustantivo. Es decir que de esa manera se ilustra con mayor claridad porqué la dicotomía entre lo formal y lo sustantivo en el Estado de derecho termina por oscurecer el debate.

Adicionalmente, vale la pena anotar que la división del trabajo no responde a límites tajantes entre las diversas dimensiones planteadas para el análisis del Estado de derecho. De hecho, en tanto que se pretende que cada una de ellas es constitutiva e indispensable para la comprensión del concepto, será común que a lo largo del trabajo se encuentren señalamientos sobre las relaciones entre las tres dimensiones propuestas. Esto sucederá especialmente con la dimensión política del Estado de derecho. En la medida en que consideramos que el planteamiento que hacemos sobre esa dimensión puede resultar el más polémico, hemos intentado mostrar a todo lo largo del trabajo cómo la *politicidad* del Estado de derecho está presente en toda su estructura y cómo es indispensable atenderla para poder pensar este concepto a futuro.

SECCIÓN I:
LA DIMENSIÓN FILOSÓFICO CONCEPTUAL DEL ESTADO DE DERECHO

Capítulo 1. El Imperio de la ley

1.1 Imperio de la ley y obediencia al derecho

Un tópico común en la descripción del Estado de derecho ha sido el de tomar al derecho como la institución fundamental para regular el comportamiento de las personas en las sociedades modernas. Bajo esta afirmación yace la preocupación de que órdenes normativos distintos al derecho como serían la moral, la religión o la política puedan determinar de forma decisiva el comportamiento de la ciudadanía. Como quizá se advierte, se trata de una concepción en la que se coloca al derecho en una posición pretendidamente neutral desde la que se protege la autonomía individual. Es decir que, cuando hablamos de Estado de derecho, estamos claramente describiendo ordenamientos jurídicos modernos en los que la protección de la autonomía es un eje primordial. Nada nuevo bajo el sol.

Esta característica, impresa de forma prácticamente indeleble en el Estado de derecho ha sido denominada en el contexto angloparlante como *the rule of law*, mientras que en el contexto hispanohablante se le ha denominado como *imperio de la ley*¹⁹. Al respecto, es interesante notar que a pesar de que en ambos contextos dicho concepto suele denotar sólo una parte del régimen constitucional o del Estado de derecho, *the rule of law* se traduce a veces al español como *Estado de derecho*²⁰. Me parece que vale la pena señalar esta cuestión pues nos ayuda a precisar dos cuestiones: la primera es que si seguimos esa traducción corremos el peligro de confundir la parte con el todo, es cierto que una parte indispensable de la teoría del Estado de derecho se relaciona con el papel que juega aquel *imperio de la ley*, pero como veremos en el desarrollo de este trabajo, no por ello podríamos concluir que en ese aspecto se agotan los elementos teóricos del Estado de derecho; la segunda, es que al seguir esa traducción podríamos olvidar que el concepto de *Estado de derecho* que se utiliza en los países de la denominada *tradicón romano canónica*,

¹⁹ También como *primacía de la ley* o *nomocracia*.

²⁰ Dos ejemplos recientes de esto los podemos encontrar en las traducciones de “Rule of Law and its virtue” de Joseph Raz y “The principles of the Rule of Law” de Robert Summers, ambos publicados en: Miguel Carbonell, Winstano Orozco y Rodolfo Vázquez (Coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización de América Latina*, México, ed. Siglo XXI, 2002. Los textos citados se presentan como “El Estado de derecho y su virtud” (Raz) y “Los Principios del Estado de derecho” (Summers).

es asimilable al de *Constitutional Government* de la denominada tradición del *Common Law*²¹ no sólo en el aspecto del imperio de la ley, sino también en el de la división de poderes y la protección a los derechos humanos.

Esta posición, desde luego, va a contracorriente de una parte importante del discurso jurídico contemporáneo en el que la noción de Estado de derecho suele asimilarse con el orden de la legalidad. Desde nuestra perspectiva, si vemos el concepto de Estado de derecho como algo más, podemos distinguir con mayor claridad una serie de pretensiones intrínsecas al proyecto constitucionalista que corren el riesgo de desdibujarse si nos circunscribimos a la legalidad. Así, por ejemplo, el concepto de igualdad civil con el que los primeros constitucionalistas buscaban romper el orden tradicional feudal, aparece como un concepto abierto a nociones de igualdad social, democrática y política. Con el concepto de libertad sucedería algo similar y también con el de *derechos del hombre*. Es decir que, Estado de derecho sería un modelo jurídico político en el que se vierte un ideal moderno de coordinación social en el que, partiendo del orden de la legalidad, se pueden pensar otras dimensiones de igualdad, libertad y derechos.

En lo que sigue, analizaremos las propuestas de algunos autores que desde el contexto anglosajón han intentado precisar cuál es el sentido del imperio de la ley y cuál es su relación con la pretensión de obediencia al derecho. Con ello pretendemos establecer un punto de partida para el análisis de lo que hemos llamado *dimensión filosófico conceptual del Estado de derecho*. Como veremos a lo largo de la investigación, las interpretaciones sobre los alcances y objetivos de la ley dentro del constitucionalismo son de lo más variados, sin embargo, a nivel conceptual, el imperio de la ley y la obediencia al derecho no son elementos de los que se pueda prescindir para un esquema de Estado de derecho.

²¹ Autores como Iain Stewart han sostenido incluso que la tradición del Common Law debería acercarse a la del derecho romano canónico y transitar del *rule of law* a un *legal state*. El argumento central de Stewart es que dentro del *Common Law* se establece un marco excepcionalmente discrecional para que los jueces reviertan las legislaciones democráticas. El autor supone que las legislaciones protegen mejor los derechos de la ciudadanía y que, por ello, la tradición romano canónica y su *Estado de derecho* están mejor equipadas para realizar esa tarea. Se trata de una tesis sumamente discutible, si pensamos en lo que han significado las cortes constitucionales en países como Estados Unidos para la protección de minorías con poco acceso a los espacios de representación (piénsese por ejemplo, en las luchas que realizó la población afrodescendiente en la década de los sesenta del siglo XX). Pero, más allá de lo discutible de su afirmación, pareciera omitir todas las conexiones conceptuales que pueden realizarse entre el *Constitutional Government* y el *Estado de derecho*. Ver, Iain Stewart, "From Rule of Law to Legal State: a Time for Reincarnation?" en *MacQuaire Law Working Paper Series*, 2007 -12.

1.2 El concepto formal

Según Joseph Raz, en los años setenta del siglo XX, el concepto de *Imperio de la ley* se estaba convirtiendo en un *slogan* más del discurso de los partidos políticos. Con ello, se unía a otros conceptos del *marketing político* como los de *democracia* o el de *privacidad*. El problema para Raz es que el concepto tendía en ese entonces a significar *el Estado donde reina el derecho bueno*, lo cual le quitaba toda la utilidad a un concepto que apunta a la neutralidad. Es decir, el concepto de Imperio de la ley no parte de una concepción particular de lo que debe ser el derecho, sino que establece las condiciones para que sea el derecho y no otra institución la que establezca las reglas del Estado moderno. Desde esta óptica, según Raz, nos enfrentamos a una realidad poco alentadora:

Un sistema jurídico no democrático, basado en la negociación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Imperio de la ley mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales.²²

Por supuesto, una vez que nos situamos en este panorama la pregunta obligada sería ¿cuál es entonces la valía de un concepto como el de *Imperio de la ley*? Para responderla, Raz propone analizar en primer lugar cuál es la idea fundamental que subyace al concepto, así como los principios básicos que presupone.

En sentido amplio, dice Raz, *Imperio de la ley* significa que *la gente debe obedecer el derecho y regirse por él*²³. Con todo, en la dinámica político-jurídica el concepto ha sido caracterizado de una forma más restringida que indica *que el gobierno debe estar regido por el derecho y sometido a él*. El problema de esto es que *Imperio de la ley* se convierte en un concepto oscuro y en alguna medida tautológico ¿hay alguna acción gubernamental que no esté autorizada por el derecho? ¿puede considerarse como un acto de gobierno una acción no regulada por el derecho? Según Raz, ambas preguntas se responden de forma negativa y tendríamos que admitir que dichas acciones no pueden tener efecto jurídico y que son ilícitas. Así, con una definición tan oscura, el Imperio de la ley ya no aparece como ideal político, sino como un enunciado vacío. Por ello, el

²² Joseph Raz, “El Estado de Derecho y su Virtud” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 16

²³ *Ibíd.*, p. 17

núcleo del concepto debe ubicarse más en la idea de que los ciudadanos deben orientar sus actividades por el derecho, que en la idea de que el gobierno debe someterse al derecho.

Desde luego, se trata de una posición polémica que parece olvidar que la tradición jurídica inglesa -de donde proviene una de las formulaciones más antiguas del concepto de *Imperio de la ley*- lo entendió siempre como un elemento de limitación de la arbitrariedad del poder político y como elemento de regulación de las relaciones sociales. Aunque podamos decir que el hecho de que haya sido entendido así por una tradición específica no obliga a entenderlo así de una vez y para siempre, si podríamos afirmar que la disección analítica que realiza Raz hace parecer que el concepto de *Imperio de la ley* no tuviera ninguna pretensión política en su propia configuración, lo que resulta francamente discutible. De hecho, en sentido histórico, la especificidad que podemos encontrar en hechos fundacionales de la tradición del *rule of law* como lo serían la *Magna Charta* de 1215 o los *writs of Habeas Corpus* es precisamente la pretensión de que las autoridades políticas no pudieran colocarse por encima del Imperio de la ley.

Así, revirando las preguntas críticas de Raz podríamos cuestionarnos ¿existe algún ordenamiento jurídico que no haya tenido la pretensión de ser obedecido por los súbditos o ciudadanos? Desde nuestra perspectiva, no se agrega nada a la reflexión del Imperio de la ley diciendo que la expectativa de obediencia y lealtad de los ciudadanos al derecho es su característica primordial. Más bien, la tradición constitucional encuentra la especificidad del Imperio de la ley en el hecho de que la pretensión de la obediencia del derecho ya no descansa en legitimaciones tradicionales del tipo *el rey es la última autoridad y él dictó la ley, por lo tanto debes obedecerla*, sino que la pretensión de obediencia descansa en legitimaciones del siguiente tipo: *el derecho protege tu autonomía, por lo tanto debes obedecerlo*.

Ahora, si la expectativa es que las personas deben obedecer el derecho, entonces eso nos lleva a que el derecho tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de las personas. Para ello, debe ser posible para la ciudadanía encontrar lo que el derecho es y debe ser posible actuar conforme a lo que él dicta. Según Raz, ésta es la intuición básica del Imperio de la ley y constituye también su definición formal. En ese sentido, debe quedar claro que en dicha definición no se especifica cómo debe ser creado el derecho, ni tampoco aclara que el derecho deba adecuarse a fines de derechos humanos o de justicia. Pero de ello no debe concluirse que la definición está desprovista de contenido. Por el contrario, la definición apunta a una configuración jurídica específica que pretende garantizar la obediencia del derecho. Así, según Raz, de esa definición formal se derivan

algunos principios claros que constituyen el Imperio de la ley y que es necesario identificar para quitar la obscuridad del concepto. Enumeremos los principios:

- 1) **Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras.** Esto es, el derecho una vez establecido busca regular las conductas de los individuos en el futuro, no castigar o regular conductas previas a su establecimiento; el derecho debe adaptarse (abrirse) a las situaciones que se vayan presentando en el desarrollo social y no pretender que se ha hecho con parámetros lo suficientemente universales como para abarcar la complejidad de todos los cambios sociales en el tiempo; finalmente, no debe quedar lugar a dudas sobre lo que el derecho está ordenando que hagamos.
- 2) **Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables.** Para que el derecho funcione como parámetro de conducta debe evitarse la modificación constante de este, de lo contrario la obediencia de los ciudadanos se vuelve inestable. Esto no quiere decir por supuesto que el derecho deba ser inamovible, sino que debe ser en alguna medida previsible. Los ciudadanos requieren tener un ordenamiento jurídico estable como punto de partida para un proyecto de vida a futuro.
- 3) **El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales.** Así, la parte del ordenamiento jurídico que esté dedicada a regular dimensiones específicas (por ejemplo, el derecho administrativo), no puede crearse sin apego a las condiciones con las que se crean las disposiciones generales (por ejemplo, las del derecho constitucional). Si esto no se cumple, la coherencia del derecho podría ponerse en entredicho pues los encargados de crear los ordenamientos particulares estarían habilitados para crear *espacios normativos* en franca contradicción con la dimensión general del ordenamiento jurídico.
- 4) **La independencia del poder judicial tiene que ser garantizada.** Esto es así para garantizar la generalidad del ordenamiento. Si la independencia judicial está amenazada por otros poderes públicos o por poderes de otra clase (económicos, medios de comunicación, asociaciones civiles, agrupaciones populares, etc.), se abre la posibilidad de que las leyes se apliquen de forma discrecional.
- 5) **Los principios de justicia natural (imparcialidad de los jueces) deben ser observados.** Profundamente relacionado con el principio anterior, implica que nadie puede ser juez de su propia causa, ni de la de los intereses de sus pares más cercanos (familiares desde el primer al tercer grado, amigos, compañeros de trabajo, socios, etc.). Es un principio encaminado a fortalecer la idea de generalidad del ordenamiento.
- 6) **Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de otros principios.** Esto es, deben tener la facultad para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, de lo contrario los poderes encargados de la creación del derecho pueden atentar contra los principios de generalidad, claridad y no retroactividad del derecho.

- 7) **Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.** Una excesiva burocratización del acceso a tribunales, así como barreras de tipo económico, social, etc. dificulta seriamente la pretensión de que los ciudadanos adecuen su conducta respecto al derecho. Si ante un conflicto o controversia los ciudadanos perciben que es más fácil intentar resolver por sus propios medios el conflicto (ya sea por la violencia, la negociación o cualquier otro), se crean entonces condiciones para una “justicia paralela” que atenta tanto contra la unidad del Estado, como contra la efectividad del ordenamiento jurídico.
- 8) **A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.** Se reconoce que los ministerios públicos, policías, etc. se enfrentarán en su actividad ante situaciones que no estarán previstas por la ley en las que tendrán que improvisar con la finalidad de llevar a cabo su labor, sin embargo, eso no quiere decir que puedan separarse del ordenamiento a tal grado que puedan crear otro derecho, propio para su actividad.²⁴

La lista, como aclara el propio Raz, no pretende ser total, sino mostrar cuál es la importancia de un esquema formal del Imperio de la ley. Dicho esquema, está diseñado para explicar con qué debe lidiar un Estado de derecho y para responder una cuestión fundamental: ¿qué instituciones y mecanismos jurídicos se necesitan para que la gente obedezca el derecho?

Para explicar lo anterior, tomemos los primeros tres principios. Si el derecho fuera retroactivo en lugar de prospectivo cambiaría constantemente en su afán de remediar situaciones que no estaban previstas en el ordenamiento. Igualmente, si hubiera una separación excesiva entre las disposiciones generales (*i.e.* derecho constitucional) y las particulares (*i.e.* derecho administrativo), las personas ignorarían de forma constante lo que el derecho es, lo que les arrebataría una de las bases formales para la obediencia: la certidumbre.

Por otro lado, si los primeros tres principios (que apuntan a la generalidad y estabilidad del ordenamiento) se cumplieran, pero los principios a partir del cuarto (los que apuntan a la no discrecionalidad de la aplicación de las normas) no se cumplieran, nos encontraríamos en una situación igualmente complicada en materia de obediencia al derecho. Si el poder judicial está condicionado por poderes externos, es inaccesible para la población, carece de medios para garantizar la preeminencia de los principios del Imperio de la ley, o si los ministerios públicos o fiscales poseen poderes discrecionales que les permitan modificar el derecho a su antojo, entonces las personas tampoco tendrán las instituciones adecuadas para guiarse según el derecho. Es una expectativa razonable que las personas que viven en un Estado de derecho puedan acudir

²⁴ Ver, Joseph Raz, “El Estado de Derecho y su Virtud”... pp. 20 - 24

sin restricciones a instituciones imparciales e independientes que les permitan obtener justicia ante un conflicto determinado. Sin esta condición, el derecho pierde su característica de guía de la conducta, pues es en su aplicación donde se consolida su función. Si tenemos perfectamente claro cuál es el derecho que debemos obedecer, pero al enfrentarnos a un tribunal nos encontramos con un derecho totalmente distinto, no habrá razones para volverlo a obedecer. De la misma manera, si estamos seguros de la imparcialidad e independencia de los tribunales, pero el derecho se modifica de forma tan frecuente que es imposible tener certeza de qué es lo que manda el derecho, entonces la expectativa de obediencia se vuelve ilógica, los ciudadanos se enfrentarían una y otra vez en tribunales sin saber porqué²⁵.

1.3 La valía del Imperio de la ley

Según Raz, lo primero que habría que entender para darle su justa dimensión a estos principios, es que ellos no garantizan la eliminación absoluta de un poder arbitrario. Por el contrario, un poder de esa naturaleza podría ser compatible con algunos de los principios. Desde su perspectiva, no es difícil imaginar un poder despótico que dicte un derecho prospectivo, claro, estable, no modificable por las autoridades de procuración de justicia y que a la vez garantice el fácil acceso a los tribunales. Aún admitiendo que la condición de no retroactividad implica una limitación importante a la arbitrariedad, no se elimina la posibilidad del uso del Imperio de la ley en clave despótica²⁶.

Lo segundo que tendríamos que hacer, afirma Raz, sería admitir que las características del poder judicial en el diseño del modelo de Imperio de la ley permiten pensar al menos en una limitación de la arbitrariedad respecto a la aplicación del derecho. De los tribunales, dice Raz, se requiere que “estén sometidos únicamente al derecho y que se conformen a procedimientos bastante estrictos”²⁷, de tal suerte que la función aplicadora del derecho -exclusiva de la judicatura- está formalmente excluida al menos de una forma de ejercicio de la arbitrariedad: la que deriva de tener a la vez la facultad de crear el derecho y de aplicarlo. Entonces, el diseño del

²⁵ Buena parte de las críticas hechas por Franz Kafka hacia los tribunales en textos como *El Proceso* o *Ante la Ley* están inspiradas por la suposición de que el derecho que aplican los jueces es uno lo suficientemente inestable como para que los ciudadanos puedan acudir a él con confianza.

²⁶ Sin embargo, aunque esos elementos no sean suficientes para eliminar el despotismo, habría que admitir que son elementos necesarios.

²⁷ Joseph Raz, *Op. Cit.*, p. 25

Imperio de la ley obliga a que la judicatura no pueda intervenir en la creación del derecho, lo que restringe la capacidad de este poder para usar el ordenamiento jurídico en favor de sus intereses.

Así, lo primero que hay que valorar del Imperio de la ley es la limitación impuesta a quienes hacen la legislación y a quienes la aplican. Los primeros están limitados en el uso del derecho como mecanismo de amenaza por el principio de no retroactividad; los segundos, al estar impedidos de participar formalmente en el proceso de creación, encontrarán dificultades serias para usar el derecho para su propio beneficio. A ello, dice Raz, habría que agregar las fuertes limitaciones que tendría el poder ejecutivo para crear ordenes jurídicos particulares para su propio beneficio (venganzas o favoritismos), en la medida en que ellas deben seguir los principios de apertura, estabilidad, claridad y generalidad.

Un segundo punto a favor del Imperio de la ley es que genera espacios más seguros y estables para la vida. Precisamente porque el derecho está en el núcleo de la convivencia común, los individuos podrían hacer uso de su libertad personal de mejor manera si estuvieran sometidos al Imperio de la ley. Un derecho estable, permite un mejor desarrollo de la libertad para escoger estilos y formas de vida; también permite escoger fines a largo plazo hacia los cuales podríamos dirigir nuestra vida. Aquí, valdría la pena notar que Raz confirma lo que afirmábamos líneas atrás acerca de que la pretensión de obediencia en la tradición constitucionalista descansa en la protección de la autonomía ofrecida por el derecho. En ese sentido, no queda claro por qué Raz piensa que el Imperio de la ley podría ser llevado a cabo en estados despóticos. Una cosa es admitir que, por sí solo, el Imperio de la ley no garantiza la supresión del despotismo y otra, muy distinta, afirmar que un régimen autoritario podría cumplir con las expectativas mínimas de dicho Imperio.

Volvamos ahora a la idea de Joseph Raz. Según su perspectiva, para comprender la valía profunda del Imperio de la ley es necesario ver más allá de los beneficios directos que causan las limitaciones intrínsecas a los poderes y la generación de un espacio jurídico propicio para la libertad individual. Para lograr tal comprensión, Raz se pregunta qué implicaría la reiterada negación o violación del Imperio de la ley. Desde su perspectiva, la reiterada violación de este principio atenta contra la dignidad humana. Esto es así porque el Imperio de la ley se sostiene bajo la premisa de que el derecho que emana de él, y que pretende ser obedecido, está dirigido a personas racionales y autónomas.

Así, si en un Estado de derecho quienes dictan el derecho no consideran a los ciudadanos como personas autónomas y racionales, capaces de decidir y forjar un plan de vida a futuro, crearán un engaño insalvable. No se les puede pedir a las personas que confíen en el derecho y lo obedezcan si no se cumplen las expectativas de estabilidad, claridad y no retroactividad del derecho, o si no existen las instituciones adecuadas para la aplicación imparcial del mismo. Siendo esto así, en un Estado gobernado con un *derecho bueno*, se requeriría la estructura del Imperio de la ley para poder proyectar ese derecho a largo plazo. Ese *derecho bueno* debe ser obedecido para alcanzar sus objetivos, modificaciones constantes o planteamientos retroactivos del derecho impedirán la obediencia a pesar de que se esté persiguiendo un fin bueno. En palabras del propio Raz: “el Imperio de la ley es esencialmente un valor negativo. está hecho meramente para minimizar el daño a la libertad y dignidad que el derecho pueda causar en la persecución de sus metas tan laudables como puedan ser”²⁸.

Con todo y las virtudes intrínsecas al Imperio de la ley, Raz insiste que es necesario tener claros los límites del concepto. Su pretensión es demostrar que no puede suscribirse el ideal del Imperio de la ley como un dogma de fe, ni como un ideal regulativo capaz de eliminar la injusticia por sí solo. Por el contrario, si bien el Imperio de la ley presupone personas autónomas que puedan obedecer el derecho por las ventajas que este les ofrece para el diseño de su vida a largo plazo, eso no quiere decir que un esquema de Imperio de la ley no pueda incluir violaciones a los derechos humanos o injusticias que lleven al declive moral a una sociedad.

Si la idea es que las personas conduzcan su vida obedeciendo el derecho, el esquema del Imperio de la ley resulta un elemento indispensable para lograrlo. Sin embargo, eso no quiere decir que un derecho creado con base en ese esquema sea forzosamente justo, eso depende de otro tipo de instituciones y circunstancias. Pero la conclusión lógica, dice Raz, es que el Imperio de la ley es un punto de partida indispensable para la construcción de un orden jurídico justo, pues si una vez creado ese hipotético orden justo, su permanencia depende solamente de la virtud de las personas, dicho orden estará condenado a desaparecer en la mayoría de las sociedades humanas.

Con todo, no queda claro por qué Raz recurre en su argumentación al planteamiento de una posible relación entre el Imperio de la ley y los gobiernos despóticos. Su rechazo a identificar Imperio de la ley con un Estado donde impere un derecho bueno no parece rendir los frutos

²⁸ Joseph Raz, *Op. Cit.*, p. 36

deseados y parece más un ingrediente retórico que conceptual. Pues ninguna de las características que Raz adscribe al Imperio de la ley parecen coincidir con la definición de un gobierno despótico, por el contrario, como hemos visto, coinciden con la de un gobierno moderado en el que se protege tanto la distribución del poder como la autonomía de los individuos. Ciertamente, ambos horizontes se protegen de una forma un precaria, pero eso no quiere decir que estén completamente desprotegidos, que es lo que caracterizaría a un gobierno despótico o arbitrario.

En ese sentido, resulta contradictorio que Raz afirme, por un lado, que un sistema jurídico que no respete los principios democráticos y los derechos humanos pueda adecuarse bien a los requerimientos del Imperio de la ley y, por otro lado, afirme también que el Imperio de la ley debe garantizar la autonomía de las personas para reforzar la expectativa de obediencia al derecho. Su condena a la identificación entre Imperio de la ley e Imperio del derecho bueno, que tiene por objetivo especificar el valor formal del derecho frente a agendas de la justicia más amplias, termina por ser confusa. Y es que la propia crítica al “derecho bueno” lo es ya de inicio. Estamos de acuerdo con Raz en que no es posible introducir en el principio del Imperio de la ley todas las agendas de justicia de una sociedad, sin embargo, un derecho que garantiza (aunque sea mínimamente) condiciones para la división del poder y el ejercicio de la autonomía ¿no podría considerarse como un derecho bueno? Si pensamos en la palabra “bueno” como una categoría moral ¿no podríamos afirmar que el Imperio de la ley es el contenido moral mínimo del derecho en los Estados modernos? A continuación estudiaremos la propuesta del jurista estadounidense Robert S. Summers quien, siguiendo a Raz, intenta darle respuesta a las anteriores interrogantes.

1.4 Los principios del Imperio de la ley

Robert Summers ha tomado una postura similar a la de Joseph Raz, desde la cual intenta delinear el concepto de Imperio de la ley identificando los principios que subyacen a éste. Al igual que Raz, reconoce que los principios del Imperio de la ley deben ser formales, pero considera que en general dichos principios orientan el derecho de tal manera que es una expectativa razonable que de ello derive un *derecho bueno*. Mientras para Raz la idea es que el Imperio de la ley puede existir sin necesidad de un derecho que, por ejemplo, prohíba la segregación racial, para Summers el derecho sobre el que se funda el Imperio de la ley tiene una tendencia marcada a erradicar ordenamientos como el de la segregación racial. Para explicar su postura, Summers enumera dieciocho principios del Imperio de la ley que podrían resumirse como sigue:

- 1) **Todo derecho obtiene su autoridad a través de criterios de validez previamente establecidos.** Es decir, que existe el reconocimiento tácito o explícito por parte de quienes operan y quienes obedecen el derecho de desenvolverse dentro de un ordenamiento jurídico al que se le atribuye legitimidad y que tiene dentro de sí reglas claras para establecer la validez de las leyes.
- 2) **Los criterios de validez deben ser claros e incluir pautas para resolver conflictos entre normas jurídicas válidas.** Se reconoce la posibilidad de lagunas dentro del ordenamiento jurídico y se establecen mecanismos jurídicos para resolverlas.
- 3) **El derecho estatal, en la medida de lo posible debe ser uniforme, enunciarse de manera general y ser aplicable de forma igualitaria para autoridades y ciudadanos.** En ese sentido, el Imperio de la ley supone que leyes dirigidas a personas o grupos en particular sólo deben aparecer de forma excepcional en el ordenamiento jurídico y que deben evitarse escenarios de excepción para las autoridades.
- 4) **El derecho debe ser claro y debe estar determinado su sentido.** Es decir que se reconoce que deben evitarse las ambigüedades dentro del ordenamiento jurídico con el objetivo de reforzar las posibilidades de guiar una sociedad con el derecho.
- 5) **El derecho debe ser promulgado y puesto al conocimiento del público.** Ninguna ley que permanezca en secreto o que no haya sido publicada en los órganos oficiales de un gobierno podría considerarse como parte del ordenamiento jurídico. Se reconocen procedimientos y canales específicos para la promulgación del derecho. Además, se establece que no es una expectativa razonable esperar que la ciudadanía obedezca un derecho que no conoce.
- 6) **El derecho no debe ser retroactivo sino prospectivo.** Si existiera la posibilidad de promulgar leyes que pudieran aplicarse a actos previos a su promulgación, la ciudadanía se vería arrojada a la incertidumbre lo cual sería un obstáculo para la realización del Imperio de la ley.
- 7) **Las conductas elegidas por el derecho deben ser posibles de obedecer.** El derecho debe reconocer los límites de su espectro normativo. Si bien debe ser capaz de regular relaciones entre los particulares -como los contratos- o relaciones entre los particulares y el Estado -como el acceso a tribunales-, debe declararse impotente para regular relaciones sociales espontáneas como la amistad. En la medida en que el derecho busque regular todo el espectro de relaciones sociales pierde sus posibilidades de realización. A su vez, tampoco es posible exigir a la ciudadanía que obedezca regulaciones que atenten contra su propia supervivencia, así, una disposición que obligara a los ciudadanos a pagar en impuestos un porcentaje de su salario mayor a lo que requieren para sobrevivir seguramente no sería obedecida.
- 8) **El derecho debe ser estable.** El cambio persistente en el ordenamiento genera incertidumbre en la ciudadanía sobre las leyes que debe obedecer y fomenta espacios proclives a la ilegalidad. Por ejemplo, si se cambia de forma constante la regulación sobre los contratos de arrendamiento se abre la posibilidad de que las partes

contratantes busquen medios ilegales para *formalizar* sus intercambios. Desde luego, si esta situación se generaliza, no sólo se buscarán medios para evitar el orden establecido, sino que se conformará un orden alternativo (muchas veces mafioso) de transacciones.

- 9) **Deben existir reglas y procedimientos claros para modificar el derecho.** Este principio está dirigido a la limitación de la arbitrariedad gubernamental y a garantizar la validez del derecho. Los procedimientos se establecen con el fin de que el derecho tenga cierta permanencia en el tiempo y que no sea fácilmente modificable por los poderes en turno. Los procedimientos obligan a los sectores políticos en el poder a circunscribirse a un cierto ordenamiento jurídico para la realización de su agenda.
- 10) **La interpretación que se haga del derecho debe ser uniforme, respetando la forma de expresión del derecho y el tipo de contenido.** Se trata de la pretensión de limitar las argumentaciones dentro de las judicaturas a un marco lógico discursivo que impida que los jueces se conviertan en legisladores *de facto*.²⁹
- 11) **Las consecuencias (sanciones, etc.) de desobedecer el derecho deben ser conocidas.** Se trata de un principio que permite hacer evidente la dimensión coactiva del ordenamiento jurídico y clarificar las expectativas de obediencia.
- 12) **Debe existir un sistema de tribunales con poder para determinar la validez de un derecho en cuestión, resolver cuestiones de hechos que causan controversias de acuerdo con criterios procesales y aplicar normas válidas.** El imperio de la ley implica no sólo que los tribunales puedan aplicar el derecho, sino revisar que las funciones del ordenamiento jurídico sean respetadas. Así, los tribunales se entienden no sólo como instancias que valoran hechos jurídicos para resolver conflictos, sino como guardianes del ordenamiento jurídico.
- 13) **Si algún juez o tribunal llega a una conclusión incompatible con el derecho vigente, su campo de acción para alejarse o modificar el derecho debe ser muy limitado.** Principio que apunta a la limitación del poder que aplica el derecho, una libertad muy difundida para cambiar el ordenamiento jurídico desde sede judicial implicaría un serio conflicto con el poder legislativo.
- 14) **Si los jueces pueden apartarse del derecho vigente debe ser con reglas muy claras y espectros muy limitados.** Es decir que, incluso los aspectos donde se deba garantizar cierta libertad a los jueces para resolver lagunas dentro del ordenamiento jurídico o para resolver controversias con elementos extrajurídicos, deben estar estrictamente regulados por el mismo derecho.

²⁹ Como quizá se advierta, se trata de una expectativa polémica que en el ámbito del *Common Law* se ha expresado en la disputa entre quienes defienden que el derecho tiene un *sentido original* que debe ser descifrado y aplicado por los jueces (el llamado *originalismo*) y quienes defienden que el sentido del derecho no puede ser desvinculado de ciertos contextos histórico sociales y que, por tanto, la labor de los jueces debería ser la de encontrar los principios que guían el *derecho original* e intentar adaptar esos principios a otros contextos (el llamado objetivismo).

- 15) **Toda víctima de un delito, violación reglamentaria, etc., debe tener derecho de iniciar un proceso penal o de compensación del daño frente a un tribunal (o autoridad correspondiente) imparcial e independiente.** Este principio apunta a la justicia restaurativa y desde él se presume que la realización de la justicia depende no sólo del castigo a quien viola el derecho, sino también de la reparación a quien resulte dañado por tal violación. Además, se reconoce que no es posible la obtención de justicia si los tribunales no están diseñados de tal forma que los ciudadanos puedan esperar que las decisiones emanadas de ellos, responden a la configuración del ordenamiento jurídico y no a las consideraciones personales de los propios jueces³⁰.
- 16) **Salvo en cuestiones de mínima importancia, no se le puede imponer a nadie una sanción sin que tenga conocimiento previo de ello y una oportunidad justa para impugnar las normas y hechos por los que se le sanciona.** La imposición de una pena sin el previo acceso a un juicio justo implica un ejercicio arbitrario del poder, reduce al derecho a su dimensión coactiva y ofrece un amplísimo marco de discrecionalidad para el uso de la administración de justicia como un mero instrumento de quien detente el poder político.
- 17) **Toda persona debe tener al menos una instancia de apelación frente a tribunales si después de una controversia no tuvo éxito en la defensa de sus intereses.** La falta de ello supondría afirmar la infalibilidad de los jueces en el momento de juzgar los hechos y derechos en controversia, así como un obstáculo enorme para la construcción de argumentaciones jurídicas progresivas que permitan flexibilizar la interpretación del ordenamiento jurídico. La falta de cortes de apelación nos condena al más rígido legalismo.
- 18) **La justicia debe ser accesible para todos. Esto implica una abogacía independiente, así como defensoría pública.** Si el acceso a la justicia dependiera forzosamente de la situación socioeconómica de los participantes o si la abogacía se encuentra comprometida con poderes económicos y políticos, el Imperio de la ley como principio jurídico se vuelve imposible dando paso a la construcción de una sociedad de castas. Se reconoce pues la necesidad de colegios de abogados independientes que juzguen el desempeño profesional de sus integrantes, así como la intervención del Estado para garantizar las condiciones para que todos los individuos puedan llevar a cabo una defensa adecuada.³¹

³⁰ Se trata de un principio ampliamente discutido y combatido por la llamada *Teoría Crítica del Derecho*. Un ejemplo característico de esta posición lo podemos encontrar en el texto *Izquierda y Derecho* de Duncan Kennedy quien afirma que es imposible que los jueces renuncien a sus consideraciones personales al momento de realizar sus argumentaciones y que, incluso el apego estricto al ordenamiento jurídico debería ser entendido como una *consideración personal* del juez. Ver, Duncan Kennedy, *Izquierda y Derecho*, Siglo XXI, Argentina, 2010, pp. 70 – 71.

³¹ Ver, Robert Summers, “Los principios del Estado de derecho” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, pp. 39 - 41

Los principios, como observamos, en líneas generales trazan un diseño institucional formal del Imperio de la ley que puede coincidir con la postura de Joseph Raz. Sin embargo hay dos aspectos en los que Summers se distancia de dicha postura; en primer lugar, otorga mucho más protagonismo a los procedimientos para determinar la validez del derecho, la igualdad ante la ley, la división de poderes, al papel de los tribunales y la administración de justicia en la construcción para garantizar el Imperio de la ley. Es decir que Summers intenta delinear un modelo mucho más específico del Imperio de la ley; en segundo lugar, Summers entiende el Imperio de la ley como una construcción jurídica que apunta claramente hacia un gobierno no despótico, hacia un Estado de derecho.

Un ejemplo sintomático de las características que atribuye Summers al derecho lo encontramos en el principio que indica que el derecho debe ser claro y determinado, el cual hace más complicado que la autoridad intervenga de forma discrecional. Es muy distinto que una regla de tránsito diga “conduzca razonablemente” a que diga “conduzca a una velocidad no mayor a los 50 km/h en avenidas secundarias”, la primera opción se presta a que tanto del conductor como quien esté autorizado para sancionar interpreten la norma según su conveniencia, la segunda no. Es cierto que esto no derriba el argumento de Raz de que el Imperio de la ley puede estar conformado por normas despóticas o por normas que contravengan los derechos humanos. Una norma bien puede establecer “todas las personas que sean descubiertas besando a una persona de su mismo sexo serán consignadas a las autoridades”, la norma es ciertamente clara y no permite lugar a dudas sobre lo que las autoridades deben hacer, aún así, es una norma discriminatoria.

Summers está consciente de las objeciones que podría expresar Raz y argumenta que la tendencia en sistemas jurídicos desarrollados sería la de un derecho con *contenido bueno* porque los procedimientos que dan validez al derecho los Estados modernos presuponen *hechos legislativos* que incluyen debates y deliberaciones racionales cuyo resultado debería ser un derecho que, por ejemplo, establezca que no está permitido discriminar a las personas por su orientación sexual. En palabras del propio Summers: el contenido formal apropiado de los procedimientos lleva la racionalidad a los contenidos sustantivos de las propuestas normativas. Esto tiende a contribuir a un buen contenido.³²

³² Robert Summers, “Los principios del Estado de derecho” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 55

A su vez, el principio que indica la obligación de promulgar y publicar las normas invita a los creadores de las normas a hacerlas lo mejor posible con tal de evitar las críticas y asegurar mayor efectividad en su obediencia. Según Summers, el elemento político juega un papel importante en la configuración del derecho, pues en aras de la estabilidad, los legisladores optarán por un derecho con *buen contenido*³³. En ese sentido habrá que señalar que cuando Summers está describiendo el Imperio de la ley lo está haciendo en un campo mucho más restringido que el establecido por Raz, mientras para éste el elemento democrático no está relacionado intrínsecamente con el Imperio de la ley, para Summers resulta un dato irrenunciable. Así, Summers se inscribe en la línea de argumentación de la democracia constitucional y construye un esquema de Imperio de la ley que, en su formalidad, no puede ya abstenerse de retrotraerse al campo institucional de la democracia³⁴.

Ahora, aunque Summers le atribuye al Imperio de la ley *una tendencia a generar un buen derecho*, insiste en que éste debe entenderse como un concepto formal. Es decir, en sus principios no debe incluirse la especificidad de su contenido, ni debe exigirse que el contenido sea bueno. Esto permite un *conjunto de principios relativamente neutros en relación con distintas visiones sustanciales o ideológicas por lo que, en consecuencia, puede alcanzar el apoyo de la derecha, del centro y de la izquierda*³⁵. Así, el ideal del Imperio de la ley puede alcanzar un consenso político mayor que permita construir condiciones institucionales que funcionen como cimiento para un juego democrático a largo plazo. Por otro lado, un conjunto de principios formales será más coherente y unificado, lo que permite una crítica y análisis mucho mayores. De tal suerte, cuando se hable de la “vulneración del Imperio de la ley” habrá mucho menos riesgo de caer en confusiones que nos hagan perder de vista los objetivos de dicho principio.

Finalmente, según Summers, los principios formales del Imperio de la ley permiten una mayor diferenciación de ellos con las agendas políticas u otros valores que podrían calificarse como *sustantivos*, lo que genera certeza en la arena de la deliberación política, pues permite

³³ Esta es una tesis polémica, pues la complejidad técnica del derecho contemporáneo da un amplio margen a los legisladores para dictar un derecho que parezca bueno, aunque en realidad este coartando libertades. Aunque se pueda argumentar que precisamente por esa posibilidad el derecho debe ser claro y público, lo cierto es que una revisión de cualquier clase de ordenamiento jurídico moderno resultaría confuso para una persona sin educación jurídica. En ese sentido sería pertinente preguntar si la tesis de Summers se puede sostener en sociedades donde el derecho solo es accesible para un sector muy específico.

³⁴ En el capítulo 2 analizaremos este tema con mayor profundidad al explicar la postura de Jürgen Habermas respecto al Estado de derecho. Para el filósofo alemán, como se sabe, una de las condiciones indispensables para la realización de dicho modelo de Estado es la presencia de los mecanismos de deliberación democráticos.

³⁵ Robert Summers, *Op. Cit.*, p.57

comprender en qué momento se sacrifica un principio formal del Imperio de la ley por algún valor de otra naturaleza.

Vale la pena anotar que la posición que adopta Summers sobre la neutralidad del derecho ha sido combatida repetidamente en la historia del derecho. Este tema lo trataremos con mayor profundidad en los capítulos 2 y 3 de esta investigación, por lo pronto baste recordar que desde horizontes ideológicos opuestos, Karl Marx y Carl Schmitt afirmaron que las instituciones que daban forma al Estado de derecho no eran otra cosa que la evidencia del triunfo político de la burguesía liberal. Así, si siguiéramos la crítica emprendida por estos autores alemanes, la conclusión lógica sería que sólo las derechas e izquierdas que suscribieran los modelos institucionales del liberalismo podrían considerar los principios del Imperio de la ley como neutrales. Con todo, no pareciera una conclusión o una crítica que preocupara demasiado a Summers quien claramente se ha decantado por un modelo de democracia constitucional para la realización del Imperio de la ley. De hecho, el distanciamiento de la propuesta de Raz está dirigido a evitar una interpretación del Imperio de la ley que no permita diferenciar un gobierno despótico de uno liberal. Para Summers, con toda claridad, el derecho bueno depende de un sistema político en el que democracia y liberalismo sean las bases.

De lo dicho hasta aquí valdría destacar dos cuestiones. La primera es que, según lo enunciado por Raz, el Imperio de la ley no puede darse sin la presuposición de individuos autónomos y racionales; la segunda es que, según lo dicho por Summers, esos individuos requieren de un marco institucional democrático en el que estén garantizados la división de poderes, la autonomía del derecho, la autoridad del derecho, así como el acceso a la justicia para que esos individuos puedan guiar su conducta basados en las directrices del ordenamiento jurídico. Así, si quitamos la suposición de Raz de que el Imperio de la ley puede realizarse en cualquier tipo de Estado y lo centramos como un elemento necesario para la realización de la autonomía y la democracia constitucional, entonces la idea de Raz sobre que Imperio de la ley implica la obediencia persistente del derecho por parte de la sociedad se robustece. Los individuos que conforman una sociedad moderna obedecerán el derecho no sólo por la presencia de elementos coactivos o por la lógica interna del ordenamiento, sino porque la lógica de los ordenamientos jurídicos modernos depende de la protección de la autonomía y de la creación de medios para ejercerla (deliberación democrática).

A esta reflexión sobre la relación entre Imperio de la ley y la obediencia al derecho, vale la pena complementarla con la visión de Michael Oakeshott, quien ha caracterizado el Imperio de la ley como un tipo de relación humana muy específica: una *asociación moral*. En lo que sigue exploraremos esta dimensión propuesta por Oakeshott para profundizar la conceptualización del Imperio de la ley y el Estado de derecho.

1.5 Imperio de la ley como asociación moral

En su artículo *The concept of rule of law*, Michael Oakeshott³⁶ ha propuesto un análisis formal sobre la idea del Imperio de la ley en el que intenta explicarla en comparación con otro tipo de relaciones humanas. A diferencia de Raz y Summers, Oakeshott no busca inducir los principios rectores del Imperio de la ley, sino que busca determinar sus caracteres asociativos para entender cómo una institución de esa naturaleza podría aspirar a regular la conducta humana. El punto de partida es la distinción entre dos tipos de asociaciones humanas: las transaccionales y las morales. La distinción entre ambos tipos de asociaciones permite desde su perspectiva definir el concepto de *the rule of law*.

Empecemos por las asociaciones de tipo transaccional. Según Oakeshott, estas asociaciones son las de tipo más rudimentario y se caracterizan por presentar “dos o más agentes [que] se relacionan únicamente en torno a la búsqueda y la posible obtención de algo que satisfaga sus distintos deseos y necesidades actuales: se trata de la relación entre comprador y vendedor, entre el artista callejero y su público, entre el que da y el que recibe”³⁷. Es un tipo de relación causal y rescindible entre individuos o grupos que consta de dos partes: los “productos” o “servicios” que son el objeto de la transacción y los “fines” o “promoción de intereses” que se corresponden con la satisfacción de deseos o necesidades buscada con la transacción. Oakeshott señala que en este tipo de asociaciones bien pueden haber empresas que busquen vender autos solo para enriquecer a los dueños o agrupaciones ecologistas que busquen la salvación de algún espacio natural. Así que el fin de una asociación transaccional puede ser tanto la satisfacción de un deseo egoísta como la obtención de un bien común. En ese sentido lo que importa de la asociación transaccional no es el contenido de la transacción, sino el modo en que se relacionan las personas

³⁶ Michael Oakeshott, “El concepto de *rule of law*” en *Sobre la historia y otros ensayos*, Argentina, Katz, 2013, pp. 119 – 158.

³⁷ Michael Oakeshott, “El concepto de *rule of law*” en *Sobre la historia y otros ensayos*, Argentina, Katz, 2013, p.121

que, según Oakeshott, no es el mismo modo de relación que encontraríamos en el Imperio de la ley.

Imperio de la ley es un tipo de asociación en la que “los asociados se vinculan expresa y exclusivamente en términos del reconocimiento de ciertas normas de conducta correspondientes a determinada clase, a saber: las ‘leyes’”³⁸. Por lo tanto, una asociación transaccional, que está dirigida “expresa y exclusivamente en términos de la aspiración a satisfacer ciertos deseos y necesidades de naturaleza sustantiva y en virtud de poder satisfacerlos”³⁹, no funciona como modelo para una asociación del tipo Imperio de la ley. Siendo esto así, Oakeshott propone analizar las relaciones creadas a través de los juegos para aproximarnos con mayor precisión al tipo de relación que emana del Imperio de la ley.

Según el filósofo inglés, si pensamos en las relaciones que se generan al participar en juegos como el ajedrez, el tenis o el cricket, tendríamos que señalar dos evidencias: primero, que los competidores buscan una satisfacción sustantiva (ganar, ejercitar el cerebro, ejercitar el cuerpo); segundo, que los competidores no pueden realizar dicha satisfacción si no se comportan con arreglo a las reglas de los juegos. Por ello, las reglas deben ser consideradas como “restricciones adverbiales que se imponen sobre las únicas acciones que hay, o sea, sobre las acciones en las que los competidores utilizan sus aptitudes para obtener la satisfacción buscada”⁴⁰.

Ahora bien, las reglas para la realización del juego tienen tres características: se crearon en un proceso de deliberación y pueden modificarse; existen y son conocidas antes de que se realice el juego; persisten después del juego realizado⁴¹. Lo que nos dicen estas reglas según Oakeshott, es que los participantes que han entrado al juego se han vinculado en una relación recíproca de obligación: “cumplir las condiciones que en sí mismas constituyen el juego”⁴².

³⁸ Michael Oakeshott, *Op. Cit.* p. 124

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 125

⁴¹ No deja de sorprender que Oakeshott piense que las reglas de un juego son producto de la deliberación racional. Esto pareciera indicar ciertos rasgos de autonomía en el desarrollo de una actividad tan antigua como la humanidad misma. Es cierto que si pensamos en la evolución de juegos como el fútbol podríamos encontrar evidencias de deliberación en la modificación de las reglas. Sin embargo ¿podríamos decir lo mismo de los antecedentes más remotos del fútbol como el *Calcio Fiorentino* o el *Fútbol Medieval*? ¿o de juegos tradicionales como *las canicas*? Creo que no es descabellado pensar que las reglas de un juego tradicional fueran un producto espontáneo más que el resultado de la deliberación racional. En todo caso, lo que es interesante de la propuesta de Oakeshott es que si los juegos han de caracterizarse como asociaciones en las que podemos encontrar elementos para explicar el Imperio de la ley -y éstas se explican por la deliberación racional de quienes participan- entonces el Imperio de la ley tendría que pensarse como un tipo de asociación que se construye racionalmente.

⁴² Michael Oakeshott, *Op. Cit.*, p. 126

Los juegos, en la medida en que generan relaciones donde la autoridad de las reglas resulta definitiva, son un tipo de asociación que nos aproxima más al tipo de asociación que presupone el Imperio de la ley. Sin embargo, advierte Oakeshott que se trata de modelos muy limitados de asociaciones respecto a reglas donde no cabe la complejidad de una asociación humana en la que las leyes son las protagonistas. Las razones primordiales de esto para el filósofo inglés son que en los juegos el compromiso adquirido es intermitente; las acciones a que hacen referencia las reglas son escasas y sencillas; las reglas son arbitrarias⁴³; la conveniencia de la prescripción establecida por una regla se decide comparándola con otras; la autenticidad de las reglas casi nunca es cuestionada y de cuestionarse se consulta un manual para resolver el problema; la variedad de formas para cumplir una regla es limitada; las penas por desobedecer reglas asemejan reparaciones de daños a los afectados; y finalmente la satisfacción del triunfo buscada en el juego no se obtiene por el mero cumplimiento de ellas, aunque la satisfacción sí se define por las reglas. Dadas estas características, Oakeshott propone explorar un tercer tipo de asociación a la que llama *asociación moral* para definir el Imperio de la ley en términos asociativos.

Lo primero que habría que considerar de este tercer tipo de asociación es que es *una relación entre seres humanos en términos del reconocimiento mutuo de determinadas condiciones que no solo especifican la conducta moral correcta o incorrecta, sino que también prescriben obligaciones*⁴⁴. Dichas obligaciones son el dato más relevante de esas asociaciones, es decir, las reglas morales no resultan significativas sólo por su contenido, sino por su función. Sin embargo, Oakeshott señala que es necesario especificar cómo se relacionan contenido y función en una asociación como el Imperio de la ley, pues el hecho de que una regla cumpla con su función no implica que esa regla sea justa ni viceversa.

Para Oakeshott, el primer paso para resolver la relación entre contenido y función de las reglas del Imperio de la ley es entenderla como una asociación definida exclusivamente en términos de la autoridad o autenticidad de las leyes:

[...] un modo de asociación moral concebida exclusivamente en términos del reconocimiento de la autoridad presente en ciertas reglas reconocidas y no instrumentales (o sea, las leyes) que imponen la obligación de sujetarse a determinadas condiciones adverbiales en la realización de las acciones elegidas de todos aquellos que caen bajo su jurisdicción.⁴⁵

⁴³ Aquí Oakeshott cae en una contradicción, pues si las leyes son arbitrarias, no podrían ser producto de una deliberación racional como lo había afirmado antes.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 130 -131

⁴⁵ Michael Oakeshott, *Op. Cit.*, p. 134

Dada esta condición, es indispensable que quienes se asocian conozcan las leyes y tengan a su alcance un método para la verificación de su autenticidad. Esto sólo puede realizarse donde exista un mecanismo reconocido para la modificación de las leyes y donde haya personas designadas exclusivamente para esta labor legislativa⁴⁶. Por lo demás, dice Oakeshott, es importante señalar que la comprobación de la autenticidad nada tiene que ver con el contenido o la prescripción de las leyes y que por lo tanto una asociación como el Imperio de la ley no debe incluir una función independiente y autorizada para declarar inauténtica una ley por aquello que prescribe. De tal suerte que la primera condición para el Imperio de la ley es una función legislativa soberana, aunque no esté estipulado quién realizará dicha función, ni cuáles son los procedimientos específicos para hacerlo.

Esto es una afirmación polémica, pues implica limitar la facultad revisora de los tribunales a la comprobación de coherencia del ordenamiento jurídico, reduciendo la actividad de éstos a reforzar el aparato coactivo del Estado. Así, en sede judicial no se podría argumentar en favor de interpretaciones de la ley que pudieran corregir disposiciones que pudieran considerarse injustas, de tal suerte que tendría que aceptarse de forma acrítica lo que haya dictado el legislador soberano⁴⁷. Por otro lado, el propio legislador que propone Oakeshott no está determinado lo que supone dejar demasiados cabos sueltos para un diseño del Imperio de la ley.

Con todo, esta concepción no debe indicarnos que con el Imperio de la ley se ha renunciado a toda aspiración de justicia. Por el contrario, desde la perspectiva de Oakeshott, cualquier ley que aspire a ser reconocida como tal requiere ciertas propiedades para imponer condiciones a la conducta de los asociados. Según el filósofo británico la más importante de estas es la de ajustarse al *jus*. Cabe preguntarse aquí desde luego ¿Qué entiende Oakeshott por *jus*? y ¿Qué significa *jus* en términos del Imperio de la ley?

⁴⁶ Esto recuerda desde luego a la “regla de reconocimiento” de H.L.A Hart. Ver, H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, pp. 94 y ss.

⁴⁷ En alguna medida, es un argumento que recuerda a la interpretación de John Austin sobre la legitimidad del derecho. Según el jurista inglés, el derecho debe entenderse como una orden coactiva, emitida en un sentido general por un superior político establecida: “A law is a command which obliges a person or persons. But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges *generally* to acts or forbearances of a *class*. In language more popular but less distinct and precise, a law is a command which obliges a person or persons to a *course* of conduct. Laws and other commands are said to proceed from *superiors*, and to bind or oblige *inferiors*”. John Austin, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995, p. 29.

El contenido que da Oakeshott al término *jus* es el de *justicia* o *rectitud*. Las leyes ajustadas al *jus* estarían encaminadas a la consecución de una conducta justa o recta por parte de los ciudadanos. Con todo, según Oakeshott, el *jus* se realiza en la *lex* (autenticidad de las leyes), de esa relación intrínseca entre *jus* y *lex* se concluye que, en el Imperio de la ley, la expectativa de conductas rectas no está relacionadas con ninguna valoración de excelencia o autorrealización humana. Más bien, desde esta perspectiva habría que admitir que la ley tiene ciertas propiedades intrínsecas que la hacen justa: “las reglas no pueden ser secretas ni retrospectivas; no puede haber más obligaciones que las impuestas por la ley; todas las asociaciones deben quedar sujetas por igual a las obligaciones impuestas por la ley; no está permitida la proscripción, etcétera”⁴⁸. El Imperio de la ley entonces no admite las pretensiones de una ley justa que esté hecha conforme a valores fundamentales, derechos humanos inviolables o libertades humanas incondicionales. Así, Oakeshott por un lado está revalorando el antiguo concepto de *justicia como legalidad* de Aristóteles y, por otro, nos regresa a aquella consideración de Raz de que Imperio de la ley no puede estar identificado con *Imperio del derecho bueno*⁴⁹.

⁴⁸ Michael Oakeshott, *Op. Cit.*, pp. 137-138.

⁴⁹ Resulta problemático que Oakeshott recurra a una caracterización tan simplificada sobre *jus* y *lex*. Entre los estudiosos del derecho romano clásico el alcance de ambas nociones ha sido ampliamente debatido y ciertamente han sido términos que han intentado asimilarse a los conceptos modernos de justicia o derecho (en el caso del *jus*) y ley (en el caso de *lex*). Sobre el tema, una aportación importante la podemos encontrar en la obra *Jus. La invención del derecho en Occidente* del historiador italiano Aldo Schiavone. En ella, su autor sostiene que el *jus* no es un concepto duro dentro del horizonte romano y que sufre diversos cambios dentro del desarrollo jurídico de aquel imperio de la Antigüedad. Mientras en un primer momento, el *jus* estuvo estrechamente ligado a una concepción de disciplina ritual llevada a cabo por los pontífices de la llamada “Roma Arcaica” (entre el siglo VII y V a.e.) en la que se pretendía que funcionara como un instrumento rígido para la preservación de las jerarquías sociales y militares que habían dado origen a la mítica ciudad del Lacio; en un segundo momento, con la consolidación de la llamada “Roma Republicana” (entre el siglo III y II a.e.), el *jus* se vio transformado en un instrumento de disciplina social que ya no sólo tendría que mantener las jerarquías sociales tradicionales (que los siguió haciendo), sino que tendría que procesar los conflictos de una sociedad cosmopolita a través de los conceptos de *equidad* y *prudencia* introducidos por los magistrados republicanos (los pretores) y los jurisconsultos (intérpretes privados del derecho). Así, en su dimensión histórica, *jus* significa tanto preservación de las aristocracias como resolución de controversias a través de la equidad. Este análisis resulta importante para nosotros, si consideramos que la introducción de la *equidad* tuvo la finalidad de flexibilizar la justicia ritual tradicional con el objeto de obtener mayor obediencia respecto al derecho. La simplificación de Oakeshott hace parecer que hubiera una justicia neutral, conocida desde los tiempos romanos, a la que debe ajustarse toda ley, como si *jus* tuviera un sentido unívoco en la historia del derecho occidental. Desde luego, el valor de la interpretación de Oakeshott se centra en explicar cuál es la dimensión de justicia que podemos encontrar en la enunciación de la ley, es decir que el *jus* tiene una racionalidad interna. Con todo, si hacemos caso a la construcción de Schiavone y pensamos al *jus* como resolución de controversias a través de la equidad, podríamos reevaluar si la racionalidad del *jus* debe entenderse únicamente desde una perspectiva lógico conceptual y si el Imperio de la ley podría conceptualizarse como algo distinto al respeto a la coherencia lógica de la legalidad. *Cfr.* Aldo Schiavone, *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Adriana Hidalgo editora, Argentina, 2009, pp. 62 y 72 – 81.

Otra condición que Oakeshott reconoce como indispensable para la realización de una relación en términos del Imperio de la ley es la existencia de una función judicial:

[...] una función a la que se le haya otorgado la autoridad e impuesto el deber de verificar (según ciertas reglas probatorias condicionales) aquello que se ha dicho o hecho en una ocasión en particular y que ha llegado a su atención porque se supone que no ha cumplido adecuadamente con alguna obligación impuesta por la ley; una función con la autoridad y el deber de determinar si lo que se ha dicho o hecho en tal ocasión ha cumplido o no con la obligación legal que se requería se cumpliera; una función con la autoridad y el deber de asignar una penalización o declarar una indemnización para tal incumplimiento.⁵⁰

Nótese entonces que —como dijimos antes— no se trata de un poder judicial con poderes de revisión constitucional, es decir con la posibilidad de corregir las disposiciones legales, sino que se trata de un poder que se *ocupe de considerar las acciones concretas únicamente respecto a su legalidad*⁵¹. Los tribunales, desde la perspectiva de Oakeshott, no deben hacer labores especulativas o teóricas en el Imperio de la ley, sino labor casuística donde lo que se busca es determinar responsabilidades impuestas por la ley ante un caso concreto⁵², es decir que la idea aristotélica de *justicia como equidad* queda desechada en este esquema⁵³. En ese sentido, un juez dentro del Imperio de la ley nada sabe de derechos incondicionales, ni se debe entrometer en su juicio su propia visión sobre lo justo.

Finalmente, Oakeshott reconoce que la realización del Imperio de la ley depende también de la presencia de un poder que sea capaz de obligar a cumplir los mandatos de un tribunal y que sea capaz de evitar el incumplimiento de la ley. Es decir, se requiere un poder coactivo que pueda hacer efectivo el mandato de una sentencia. Sin esta característica la ley se mostraría impotente para poder producir obediencia y el Imperio de la ley sería imposible.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 140

⁵¹ *Ibid.*, p. 141

⁵² Ver. Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, p. 330: “Laws ‘are unavoidably indeterminate prescriptions of general adverbial obligations’ which ‘subsist in advance and in necessary ignorance of the future contingent situations to which they may be found to relate’. Since they are unable to declare their meaning in respect of any circumstantial situation, a second necessary condition of the rule of law—in addition to the legislator—must be an office with authority to rule on actual situations solely in respect of their legality, and to assign a remedy for inadequate performance. This is the office of judiciary, in which a court reaches a conclusion on whether a breach of the law has occurred with respect to some actual occurrence. Judicial deliberation, he contends [Michael Oakeshott], involves an ‘exercise in retrospective casuistry’ which, like all casuistical enterprise, ‘is a devious engagement’”

⁵³ Recordemos que para Aristóteles, en su teoría de la justicia, era importante considerar que la idea de justicia universal (igualdad ante la ley) se asentaba tanto en la pretensión de universalidad como en la pretensión de valorar los casos concretos (equidad). Así, la justicia legal aplicada de forma rigorista a todos los casos no podía acarrear sino la injusticia. En ese sentido era importante que las leyes pudieran ser ajustadas a los casos concretos con la intención de darle cauce empírico adecuado a una máxima universal. Aristóteles buscaba con ello evitar que el derecho fuera reducido al mero ejercicio del poder.

Así, en resumen, para Oakeshott, el Imperio de la ley debe entenderse como una asociación moral que se da en virtud del respeto a ciertas reglas no instrumentales (leyes). En ella, la autoridad de las leyes no depende de un programa determinado de justicia como lo podrían ser los derechos humanos, sino que dicha autoridad depende por un lado del reconocimiento de instituciones específicas de las que emanaran las leyes, de la presencia de tribunales que puedan sancionar su incumplimiento, de un poder coactivo que pueda hacer cumplir las sentencias de los tribunales, así como de que la ley cumpla con las características formales de la justicia (que no sea secreta, que no sea retrospectiva, etcétera).

Llegado a este punto, en un giro insospechado en su argumentación, Oakeshott enuncia que su teoría sobre el Imperio de la ley como asociación moral tiene un hueco significativo: la legalidad es el núcleo de la estructura de lo que llamamos Imperio de la ley, sin embargo, esa legalidad no puede constituirse como un motivo en sí mismo para la acción. En ese sentido, haber establecido una relación como la presupuesta en el concepto de Imperio de la ley debe considerarse como una *verdadera obra de arte*; una obra de arte atribuible, según Oakeshott, no a ninguna teoría, sino a la historia de los dos pueblos con mayor genio político de la historia de Occidente: los romanos y los normandos; una obra en donde lo artístico reside en haber generado obediencia respecto a un paradigma jurídico que se muestra impotente para generar conductas por sí mismo: lo justo intrínseco a la propia ley.

De tal suerte que el filósofo británico, de manera un tanto desconcertante, renuncia al intento de explicar las causas de la obediencia al derecho dentro del modelo conceptual de Imperio de la ley y decide retrotraerse al terreno de la historia y la cultura. Es desconcertante porque su argumento apuntaba a entender la lealtad a las leyes como una conducta que podía explicarse dentro de lo que él llama “asociación moral”. En cambio, sólo nos ofrece una descripción de este tipo de asociación y las características del Imperio de la ley entendido en esos términos. Así, la anotación final Oakeshott pareciera sugerir que sólo si observamos los largos siglos de trabajo jurídico en Roma podríamos entender cómo se logra el Imperio de la ley.

Con todo, a pesar de lo desconcertante e insatisfactorio de la explicación, la perspectiva de Oakeshott nos permite agregar un elemento importante para el esquema del Imperio de la ley y para la reflexión sobre la realización de este: existe un contenido mínimo de justicia en el concepto de la ley, la lealtad a ese contenido es lo que nos permite evaluar si un Estado está constituido por un esquema de Imperio de la ley. Así, para Oakeshott es necesario reafirmar que

agendas de justicia distributiva, así como consideraciones morales de otro tipo, no caben en el esquema conceptual del Imperio de la ley porque son condiciones que dependen de cuestiones sociales y económicas que sobrepasan el esquema formal del Imperio de la ley. De hecho, desde la perspectiva de Oakeshott, precisamente la inclusión de aquellas consideraciones en el esquema conceptual del Imperio de la ley es lo que obstaculiza su realización. Así, el Imperio de la ley refiere a una dimensión de justicia más restringida que “no nos da de comer, no puede repartir los panes y los peces (pues no los tiene), y tampoco puede protegerse de los ataques externos, pero sigue siendo la concepción más civilizada y menos gravosa del Estado que se haya creado”⁵⁴.

1.6 El sentido político del Imperio de la ley

El jurista británico Martin Loughlin, al igual que nosotros, ha señalado el hueco con el que nos deja la argumentación de Oakeshott y ha planteado una posible salida al dilema observado. Como punto de partida, enumera las tres condiciones indispensables para que Imperio de la ley pueda realizarse:

- 1) El Estado debe ser entendido como una *asociación moral* y no como una asociación que busca la realización de algún fin deseado.
- 2) La expresión *imperio de la ley* puede ser válida si la asociación puede asumir la expresión *desde la óptica del participante* de un juego. Así como los juegos están constituidos por una serie de normas, *el imperio de la ley* debe entenderse completamente como una asociación basada en normas.
- 3) Los participantes deben poder interiorizar la idea de “el *jus* de la *lex*” o “la justicia de la ley”.⁵⁵

Loughlin sugiere que para realizar las condiciones que propone Oakeshott para establecer una asociación donde los participantes se dirijan por las leyes, es necesario aproximarnos al sentido político de imperio de la ley. Esto es, al deseo colectivo de establecer un sistema gubernamental

⁵⁴ Michael Oakeshott, *Op. Cit.*, p. 138

⁵⁵ Ver Martin Loughlin, *Op. Cit.*, p. 332

totalmente institucionalizado en el que todas las personas tengan un incentivo para comportarse con arreglo a las leyes⁵⁶.

El incentivo, según Loughlin, se da una vez que la ley se ha comprendido como una norma general y abstracta que no es producto de la voluntad, sino de la racionalidad. Loughlin propone dos vías para terminar de caracterizar el concepto: revisar el argumento liberal sobre el imperio de la ley y reinterpretar la relación entre poder y libertad atendiendo a la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas.

Para Loughlin, la mayoría de los juristas que han intentado darle un sentido claro a la expresión imperio de la ley, han tomado como punto de partida la distinción entre las expresiones *rule of law* (imperio de la ley) y *rule by law* (gobierno con leyes)⁵⁷. Estos juristas, narra Loughlin, apuntan que la arbitrariedad gubernamental es la mayor amenaza contra la libertad, lo que los inclina a desarrollar un concepto de derecho entendido como un sistema de reglas para el ejercicio de la libertad y a estipular las condiciones institucionales que protegen la integridad de aquel sistema.

Desde esta óptica, lo importante es que mientras el imperio de la ley no sea diferenciado del gobierno con leyes, aquel no podrá hacer referencia a valores constitucionales como la libertad, ni tampoco a consideraciones amplias sobre la justicia social. Sin la posibilidad de introducir valores constitucionales, el imperio de la ley no es un sistema que pueda diferenciarse cabalmente de una tiranía o dictadura.

Ahora, es por ello que se requiere adentrarse en el concepto político de imperio de la ley, que es con el que se busca establecer cuáles son las condiciones de un régimen político legítimo. Para Loughlin, lo más relevante de la discusión de los que llama “juristas liberales” es que estipulan que una construcción del tipo *gobierno con leyes* solamente busca eliminar la arbitrariedad dentro

⁵⁶ En el capítulo 3 de esta investigación profundizaremos sobre la dimensión político - participativa del Estado de derecho intentando clarificar cómo la participación política resulta un elemento indispensable para pensar las posibilidades de la obediencia al derecho dentro del esquema de la democracia constitucional. El argumento de Martin Loughlin que reconstruimos aquí solamente intenta solucionar el enigma que nos plantea Oakeshott respecto al imperio de la ley.

⁵⁷ En castellano otra forma de traducir esta oposición sería diferenciar un *gobierno de las leyes o del derecho* de un *gobierno con leyes o legal*. Utilizaremos en el cuerpo del texto la expresión *imperio de la ley* para traducir *The rule of law* para no crear confusiones en los conceptos que hemos utilizado. Este tipo de oposición volverá a aparecer en la investigación más adelante considerada desde una óptica de teoría del Estado. En ese registro la distinción sería entre un *Estado de derecho* y un *Estado legal o de leyes* que, como veremos más adelante, es una conceptualización en la que profundizó el jurista francés Raymond Carré de Malberg y que apunta a distinguir un Estado que funciona con leyes y uno que tiene al derecho como la institución legítima para regular todas las relaciones y controversias dentro del Estado.

del ámbito de la ley positiva, esto es, establecer las condiciones para la creación, modificación y derogación del derecho (en ese espectro estarían las propuestas de Raz y de Oakeshott previamente descritas). Por su parte, el imperio de la ley, en su sentido político, busca eliminar la arbitrariedad dentro de todo el entramado institucional, lo que significa que el contenido de la ley positiva es un factor determinante. Para Loughlin este argumento liberal se puede sintetizar como sigue:

Cuando el poder gubernamental es monopolizado, la ley es utilizada como un instrumento para un gobierno dirigido a satisfacer los intereses de quien gobierna. Dado que esto es corrosivo para la libertad, la doctrina [del imperio de la ley] debe ser una protección contra la posibilidad de una tiranía. La doctrina requiere que el poder se distribuya para proteger los valores inherentes al imperio de la ley. El objetivo de la doctrina es crear un juego de reglas constitucionales para preservar tres objetivos clave: primero, garantizar que la acción del gobierno esté completamente institucionalizada; segundo, garantizar que los poderes gubernamentales estén separados y distribuidos; y tercero, garantizar que aquellos que ejercen la autoridad gubernamental carezcan de incentivos para subvertir el orden institucional.⁵⁸

Con este argumento se pretende combatir posiciones como la de Oakeshott en las que existe la suposición de que el imperio de la ley no implica ninguna aspiración de justicia diferente de aquel *jus de la lex*. Con todo, para Loughlin el problema con el argumento liberal es que parte del antagonismo entre poder y libertad, lo que muchas veces hace parecer que la libertad se ve constantemente amenazada por el poder estatal. De tal suerte que, la constante limitación a la acción estatal, necesaria para implementar el imperio de la ley, se ve constantemente obstaculizada. Ante ello, Loughlin propone desarrollar una reinterpretación de la relación entre poder y libertad para entender ambas como funciones constitucionales.

Según Loughlin, la manera más apropiada de abordar este problema es recurrir a la distinción filosófica entre normas regulativas y normas constitutivas. Las normas regulativas son aquellas que pretenden modificar conductas que existen independientemente a las normas, ejemplos de ello son: *no corra en los pasillos* o *párese detrás de la línea amarilla en la estación del metro*. Por su parte, las normas constitutivas son aquellas que hacen posibles acciones que no podrían realizarse sin la existencia de la norma, la votación en elecciones para cargos públicos es un ejemplo de ello. Para Loughlin, es importante centrarse en las normas constitutivas para aclarar el sentido de la expresión imperio de la ley.

⁵⁸ Martin Loughlin, *Op. Cit.* pp. 336

Así, Loughlin propone como punto de partida revisar el argumento de Oakeshott sobre las asociaciones morales y los juegos. Según esto, habría que reconocer que el ejemplo más claro de normas constitutivas son las reglas que crean juegos. El ajedrez, el cricket o el tenis solo pueden ser jugados si se respetan las reglas previamente establecidas. Si alguien desconoce las reglas del ajedrez e intenta jugar moviendo las piezas a su antojo, será descalificado de inmediato y no podrá incluirse dentro del *mundo ajedrecístico*. De la misma manera el imperio de la ley solo puede realizarse bajo el presupuesto de normas constitutivas previamente establecidas. Nadie podrá moverse en un *tablero de imperio de la ley* si no conoce y consiente las reglas que rigen ese tablero.

Una cuestión que emerge en este punto es que mientras las normas regulativas crean restricciones a poderes existentes, las constitutivas crean nuevos conjuntos de relaciones de poder. Así, el reto al que se enfrenta el imperio de la ley es que crea un *juego* en el que los participantes deben adherirse estrictamente a las normas y, a la vez, estipula que habrá participantes que crearán normas regulativas para otros, lo que genera nuevas relaciones de poder que también deben restringirse. Es decir que quienes puedan establecer nuevas normas regulativas deben atenerse a las normas constitutivas. Es decir que las normas constitutivas deben poder ser cambiadas con facilidad y que las normas regulativas no podrían ir en contra de las constitutivas.

Según Loughlin el reto debe verse con cuidado, pues no es asunto baladí responder qué se necesita para que quienes han sido autorizados para crear nuevas normas regulativas, se atengan a las normas constitutivas que les dieron ese poder. Regresemos al ejemplo de los juegos, es como si al crear el juego del ajedrez no sólo estableciéramos un conjunto de reglas para jugarlo, sino un poder capaz de dictar ciertas normas regulativas para los jugadores y que esté obligado a respetar siempre las reglas que le dan sentido al juego, es decir, a no crear un juego nuevo o distinto al ajedrez. Ese *poder ajedrecístico* solo podría dictar normas sobre cuestiones externas a la *constitución del ajedrez*, por ejemplo, podría establecer que los jugadores deben realizar cada movimiento en un tiempo no mayor a un minuto o que el tiempo máximo de una partida es de una hora, lo que no podría hacer, es cambiar el tipo de movimientos que puede hacer cada pieza.

Con todo, la pregunta sería cuáles serían los incentivos de aquel poder para no modificar las reglas del juego pensando que, quien ejerce el poder, también es un jugador. Supongamos, por ejemplo, que al participante al que le fue conferido el poder le resulta sumamente complicado

ganar una partida a alguien que utiliza movimientos audaces con la pieza de la reina ¿cómo nos aseguramos de que no utilice su poder para neutralizar el juego de los participantes que son hábiles con la reina? Podríamos suponer que ese tipo de acciones están ya bloqueadas desde el momento mismo de haber constituido el juego del ajedrez y que, si el *poder ajedrecístico* quisiera modificar el juego se vería inmediatamente privado de su autoridad. Esto supondría que desde el mismo momento de la constitución del juego se estableciera un mecanismo para retirarle el poder a quien lo usa de forma abusiva.

Para Loughlin, desde luego parte del problema de la fidelidad a las leyes tiene que ver con una ingeniería institucional que impida que los poderes legislativos puedan modificar las normas constitutivas. Con todo, esa ingeniería no consiste solamente en instrumentos de coacción para impedir acciones abusivas de poder, sino también consiste en mecanismos teórico políticos que impidan la destrucción de las instituciones. Así, desde la perspectiva de Loughlin es importante que comprendamos el imperio de la ley como una expresión que condensa el ideal político de obligar al gobierno a auto controlarse, lo que implica que el funcionamiento del gobierno dependa forzosamente de aquel autocontrol.

Veamos el argumento con más detenimiento. Loughlin está utilizando la lógica *mano invisible* para intentar resolver el dilema de la obediencia en el esquema del imperio de la ley. Supone que, en la propia configuración del imperio de la ley, existe ya un elemento que hace que sus integrantes (gobernantes y gobernados) se atengan a las reglas impuestas. Según esto, está en el interés del propio gobierno *jugar el juego* del imperio de la ley, lo que a su vez incentiva que los gobernados se atengan a las reglas. Porque en la medida en que quien gobierna se conduzca según las normas constitutivas, podrá esperar obediencia de los gobernados, lo que definitivamente fortalece el poder del gobierno. En su contraparte, los gobernados están interesados en *jugar* según los términos del imperio de la ley porque el *juego* les ofrece el mejor espacio para ejercer su libertad. La cuestión para Loughlin es que una norma coactiva contra el abuso de poder es necesaria pero no suficiente para explicar la sujeción de los participantes a las leyes. Es necesario también que detrás de los mecanismos institucionales exista una *mano invisible* que incentive a los participantes a cumplir con las obligaciones que impone el imperio de la ley. Esa *mano invisible* es el auto-interés o el propio beneficio que causa a cada uno de los participantes el atenerse a las reglas.

Es por ello que el imperio de la ley puede considerarse como un aspecto fundante de la teoría política del constitucionalismo. Siendo esto así, el problema central deja de ser el de conseguir un consenso generalizado de la ciudadanía sobre la autoridad moral del principio del imperio de la ley (que es a donde nos lleva el argumento de Oakeshott según Loughlin). Una vez que el constitucionalismo se considera como un *principio de aplicación práctica* más que una aspiración de universalización moral, entonces el problema fundamental es de coordinación social. Porque las normas constitucionales no sólo establecen un conjunto de instituciones de gobierno, sino que además equipan a estas instituciones con intereses particulares. El reto entonces consiste en establecer un entramado institucional que responda a esos intereses para consolidar un sistema normativo que sea obedecido por todos.

Loughlin ha agregado elementos importantes al esquema del imperio de la ley, pero no resuelve de forma definitiva el problema de la obediencia al derecho. Parte de las dudas planteadas por Oakeshott respecto a la lealtad a las leyes permanecen en pie. La cuestión sobre los motivos para actuar respecto a las leyes, al resolverse en una operación racional como “está en el interés de todos atenerse a las reglas del juego” sigue siendo un motivo débil para actuar. Es posible afirmar que, al ser producto de la racionalidad, la ley se convierte en un imperativo más sólido en términos filosóficos, desde luego tiene mayor fuerza que decir “estamos obligados a obedecer las normas porque las dictó un superior político autorizado”. Sin embargo, esto no resuelve el enigma de la acción planteado por Oakeshott, porque primero tendríamos que tener alguna experiencia que nos indicara que *jugar* dentro del imperio de la ley nos permite satisfacer mejor nuestros intereses que *no jugar*. Esto es, la idea de Oakeshott de que la sujeción al imperio de la ley es una *verdadera obra de arte* que sólo puede explicarse observando detenidamente la historia de pueblos como el romano se sostiene.

Esto es más claro si lo vemos desde la perspectiva de David Hume. Según el filósofo escocés, los seres humanos no realizamos acciones a menos que haya una pasión o un sentimiento que nos impulse. En ese sentido, cabría preguntarse ¿cuál sería el impulso que subyace a la obediencia de las leyes? Para Hume, la mejor forma para contestar esto implicaría ver esa obediencia desde una perspectiva histórico filosófica en la que las pasiones respecto a la ley se generarían después de una larga experiencia de sensaciones de *displacer* provocadas por la ausencia de la ley. Es decir

que, sólo después de haber experimentado repetidamente que la falta de leyes resulta dañino para nuestra persona, podríamos estar motivados a guiarnos respecto a lo que dicta el derecho⁵⁹.

En el capítulo 3 de esta investigación abordaremos con mayor amplitud otras consideraciones sobre la obediencia o lealtad al derecho en torno a lo que hemos llamado “dimensión política” del Estado de derecho. Por lo pronto baste decir que si nos quedamos en el nivel conceptual – formal resulta un tanto complicado explicar de manera suficiente los motivos para la obediencia. El esquema formal nos informa muy bien sobre la necesidad de garantizar la obediencia más allá de los mecanismos de coacción y también sobre algunas características indispensables de las leyes para evitar la desobediencia (no retroactividad, por ejemplo), incluso nos informa sobre el tipo de relaciones que creamos en esquemas como el de imperio de la ley. Sin embargo, quedan todavía por dilucidarse cuestiones como el papel del consenso y la participación política, así como el de la justicia social en la obediencia al derecho. Por el momento dejaremos esos temas en pausa.

Ahora, creemos que vale la pena esquematizar el imperio de la ley según lo que hemos descrito hasta ahora. Así, intentando unificar lo que hemos explorado de Raz, Summers, Oakeshott y Loughlin, un esquema del imperio de la ley podría quedar como sigue:

- A) Imperio de la ley debe entenderse como una asociación moral no instrumental que parte de la idea de que todos guiarán su conducta con base en el derecho.
- B) Imperio de la ley es una asociación asimilable a los juegos, son normas constitutivas las que determinan el comportamiento de los participantes. En ese sentido, el imperio de la ley no regula acciones, sino que establece una nueva forma de relacionarnos y de resolver nuestras controversias.
- C) La presunción de que todos los participantes se guiarán por el derecho no supone una agenda de justicia social amplia. Es decir, que el imperio de la ley no apunta a la

⁵⁹ Esto, desde luego, es sólo una presentación muy simplificada de un largo argumento desarrollado por Hume en los libros II y III de su *Tratado de la naturaleza humana* en el que disecciona tanto los motivos para las acciones, como la dificultad de construir instituciones políticas y jurídicas que puedan perdurar sin requerir del constante uso de la coacción. Fundamentalmente, lo que hace el filósofo escocés es construir una *historia conjetural* o *historia filosófica* en la que explica la imposibilidad de que los seres humanos se conduzcan respecto a instituciones por el mero hecho de ser construcciones racionales. Para Hume, la razón nunca podría asentarse como un motivo determinante para actuar, sino sólo como una herramienta para conducirnos de forma más efectiva hacia la satisfacción de nuestros deseos. Así, el reto fundamental para instituciones como el imperio de la ley sería que fueran construidas sobre fundamentos sólidos de antropología filosófica. Es decir que es necesario que el imperio de la ley apunte a algún interés humano fundamental si lo que se quiere es generar obediencia. La cuestión para Hume, como también para Oakeshott, es que ese interés no puede generarse de forma espontánea, sino que requiere un trabajo civilizatorio largo. Es decir que, en alguna medida tendría que presuponerse un cierto desarrollo histórico si lo que se quiere es implantar un modelo como el de imperio de la ley. Una reconstrucción muy precisa del argumento de Hume puede consultarse en: Knud Haakonssen, *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume & Adam Smith*, Cambridge, New York, 1989.

igualdad de condiciones materiales de existencia, sino sólo a la igualdad formal ante la ley.

- D) El imperio de la ley no implica una indeterminación de contenido en las leyes, sino una determinación restringida que apunta al *jus de la lex*, justicia formal que supone la no retroactividad de la ley, la estabilidad del ordenamiento jurídico, publicidad de las leyes, órganos autorizados para dictar leyes, órganos autorizados para aplicarla, capacidad de coacción del Estado, mecanismos institucionales para determinar la validez de una ley y acceso igualitario a la justicia.
- E) La autonomía es el valor clave para entender el imperio de la ley. Pues éste presupone individuos racionales que puedan comprender que atenerse al imperio de la ley deviene en su propio interés. A su vez, el imperio de la ley es un ingrediente fundamental para garantizar cierta estabilidad en la vida de las personas que brinde un piso para poder construir su plan individual de vida.
- F) Tomado en un sentido político (liberal) el imperio de la ley apunta a una serie de valores constitucionales entre los que se incluye la división y distribución del poder, así como el equilibrio del ejercicio del poder con la libertad individual.

Desde luego, la enumeración propuesta no pretende ser una lista exhaustiva y excluyente de otras consideraciones respecto al imperio de la ley. Se trata más bien de un esquema en el que pretendemos clarificar la compatibilidad de las propuestas de los autores que hemos analizado en las páginas anteriores. Más aún, la lista pretende especificar cuáles serían los puntos centrales de la conceptualización del imperio de la ley en términos de un Estado de derecho. Hasta el momento el concepto de Estado de derecho ha sido mencionado sólo de forma incidental con el propósito de no abonar a la confusión entre éste y el imperio de la ley. Con todo, es notorio que el imperio de la ley es un concepto irrenunciable para la construcción de un Estado de derecho y que hay muchos puntos de contacto en la definición de un horizonte y otro. Las expectativas del imperio de la ley están completamente imbricadas en las expectativas del Estado de derecho, especialmente en lo que refiere a la juridificación de la actividad gubernamental y la construcción de un marco jurídico para el ejercicio de la libertad individual.

Como hemos dicho antes, el Estado de derecho no se agota en el imperio de la ley. Deben considerarse con mayor profundidad otras dimensiones generadas por él como la racionalidad del Estado y los derechos como precondition para la legitimidad del poder, así como la relación entre la obediencia y la libertad. A continuación exploraremos cada uno de ellos.

Capítulo 2. La racionalidad del Estado, autolimitación del poder político

Algunos historiadores del derecho contemporáneos como Maurizio Fioravanti o Paolo Grossi, sostienen que en la tradición inglesa el imperio de la ley no ha estado ligado necesariamente a la existencia de un Estado. De hecho, argumentan, la historia jurídica inglesa sugeriría que el imperio de la ley apareció mucho antes que el Estado en el horizonte británico, tal y como lo evidencia la firma de la Magna Charta en 1215, un documento con el que la nobleza de Inglaterra restringía jurídicamente las facultades del rey pero del que no se derivaba la fundación de un Estado⁶⁰. Así, desde la perspectiva de estos autores, sería importante reconocer que ciertas condiciones típicas del Estado de derecho como lo son el imperio de la ley o la limitación de los poderes públicos mediante el derecho pueden generarse sin la necesidad de un aparato estatal.

Se trata de una tesis polémica que en alguna medida termina por desdibujar la especificidad histórica y conceptual del constitucionalismo; pues una cosa es admitir que en la Edad Media podemos encontrar evidencias de ordenamientos jurídicos diseñados para limitar a los poderes públicos y otra cosa, muy distinta, es sostener que en la Edad Media ya existían mecanismos constitucionales. Como hemos visto, uno de los ingredientes esenciales del constitucionalismo es el de la autonomía, una dimensión que es imposible de encontrar en las reflexiones jurídicas de la Edad Media donde las autoridades tradicionales (Iglesia, gremios, costumbres, etc.) son protagonistas y donde la comunidad está por encima del individuo.

Aunque podamos encontrar alguna línea de continuidad entre las reflexiones medievales de John of Salisbury o Henry Bracton con las reflexiones de John Locke o Immanuel Kant, lo cierto es que, a menos que pretendamos utilizar el término *constitución* para designar cualquier clase de limitación al poder político, tendríamos que admitir que el constitucionalismo es una reflexión moderna con la que se pretende no sólo regular al poder político con el derecho, sino garantizar que dentro del Estado primará una racionalidad jurídica que permitirá proteger la esfera de acción de los individuos frente a la soberanía estatal.

Según Martin Loughlin, esto ha sido especialmente claro en la reflexión alemana sobre el Estado de derecho, en la que:

[...] el término de *Rechtsstaat* fue utilizado como una categoría descriptiva aplicable a todos los Estados modernos que usaran leyes generales para armonizar la concentración

⁶⁰ Ver, Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2001 & Paolo Grossi, *Europa y Derecho* de Paolo Grossi, Crítica, Barcelona, 2008.

soberana de poder político con una política liberal. Los alemanes, aunque disientían en sus objetivos políticos, compartían la creencia de que *Rechtsstaat* era el Estado racional”⁶¹.

Se atribuye a Robert Von Mohl el haber acuñado el concepto de *Rechtsstaat* en los años previos a la Revolución Alemana de 1848 -1849. Apoyado en la teoría de Immanuel Kant - especialmente en el intento kantiano de conciliar el establecimiento del Estado con la libertad a través del derecho- Mohl planteó que el concepto de *Rechtsstaat* contenía tres elementos que lo contraponían directamente al Estado Absoluto (*Machtstaat*) y al Estado Policía (*Polizeistaat*):

- a) El orden gubernamental es el producto de objetivos terrenales de individuos libres, iguales y racionales. Esto en oposición a la idea de que el orden político está organizado por la divinidad.
- b) El objetivo de un orden gubernamental debe estar dirigido a la preservación de la libertad, la seguridad y la propiedad de las personas. Este objetivo general también incluye aquellas funciones de vigilancia que proveen de una plataforma de regulación y protección.
- c) El Estado debe estar organizado racionalmente, lo que implica la exigencia de incorporar principios de una administración responsable, independencia judicial, representación parlamentaria, así como gobernar en términos de lo establecido por la ley y el reconocimiento de libertades civiles.⁶²

Tal y como piensa Gustavo Zagrebelsky, frente al Estado Absoluto y el Estado Policía, el Estado de derecho se dirige a la “eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem* sino *lex facit regem*”⁶³. Es decir que la racionalidad del Estado descansa en la pretensión de que es la ley racional la que hace al Estado y que, en tanto tal, habrá de proteger los derechos de los individuos sin romper el principio de soberanía bajo el que se había creado el propio Estado.

Precisamente, para los juristas alemanes, una de las interrogantes más persistentes respecto al Estado de derecho se circunscribía a la soberanía del Estado: ¿si no existe ningún poder superior al del Estado, cómo podría el Estado subordinarse a alguna entidad?⁶⁴ Rudolph Von Jhering intentó resolver la interrogante argumentando que no es que el Estado se subordine a otro poder, sino que él mismo se auto limita. Según esta óptica, es interés del propio Estado promover su

⁶¹ Martin Loughlin, *Op. Cit.*, p. 318

⁶² Ver: Martin Loughlin, *Op. Cit.*, p.318

⁶³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2011, p. 21

⁶⁴ Ver, Rudolph Von Jhering, *El Fin del derecho*, México, Cajica, 1961, pp. 274 - 275

limitación a través de normas auto-vinculantes. Si se siguiera el camino contrario se trataría de un Estado *no-racional* donde lo que estaría reinando sería la voluntad de quienes operan el gobierno, lo que llevaría a la ruina definitiva del propio Estado. Dice el jurista alemán:

[El Estado] recurre al derecho porque está persuadido de que lo exige su propio interés bien entendido. Como el jardinero cuida el árbol que ha plantado, así cuida el derecho, no por causa del árbol, sino de sí mismo; ambos saben que tiene que ser cuidado y protegido si ha de dar frutos, y que los frutos recompensan el esfuerzo. Sólo donde el poder de Estado mismo acata el orden por él establecido, adquiere el último su verdadera seguridad; sólo donde el derecho domina, prospera el bienestar nacional, el comercio y la industria se vuelven florecientes; sólo allí se desarrolla la fuerza moral y espiritual inherente al pueblo en su vigor pleno.⁶⁵

Por su parte, Georg Jellinek, otro de los juristas predominantes en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX, argumentó que la soberanía del Estado debía interpretarse pensando que el derecho emanado de él negaba *todo principio político dirigido unilateralmente a monopolizar todo el espacio público*⁶⁶. En ese sentido, el Estado no puede ser el espacio de legitimación de poderes absolutos (ya sean de un monarca o de un pueblo), sino el espacio de legitimación de los derechos individuales. Según Jellinek quienes situaban la soberanía política en el monarca o en el pueblo, condenaban a los derechos a ser concesiones que carecían de garantías. Tal y como dice Fioravanti:

[Para Jellinek] en el sistema del Estado de derecho los derechos están sólidamente confiados a la ley del Estado soberano, disciplinada por las reglas constitucionales que garantizan que en su formación concurren poderes limitados en sí ya que no son expresión de ningún principio político dominante, ya que son conscientes de ser sólo y exclusivamente poderes del Estado.⁶⁷

Así, el Estado de derecho se presenta para Jellinek como el modelo ideal para afianzar al derecho como la institución que debe generar las condiciones para que las facciones políticas “dejen vacío” el espacio de la configuración de las leyes. El derecho no puede estar determinado

⁶⁵ Rudolph Von Jhering, *El fin del derecho...*, pp. 275 - 276

⁶⁶ Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 141

⁶⁷ *Ibidem*.

por las filias políticas; en ese sentido, el Estado de derecho se configura como un espacio neutral para la resolución de los conflictos políticos y la protección de los derechos de los individuos⁶⁸.

Los intentos de disciplinar el conflicto político a través del Estado de derecho en Alemania tuvieron eco también en la Francia de la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX. El debate francés nos aporta algunos elementos adicionales para la explicación de la racionalidad del Estado y la pretensión de autolimitación. Propiamente, el concepto de Estado de derecho (l'Etat de droit) fue introducido de forma explícita por los juristas franceses hacia finales del siglo XIX en el contexto de la construcción constitucional de la Tercera República (1875). El concepto apareció como un principio normativo cuya finalidad era la de subrayar algunas de las deficiencias que se vivieron tras los diseños institucionales revolucionarios, sobre todo en cuanto al papel del parlamento. Tal y como recuerda Maurizio Fioravanti:

En general, lo que la Francia de ese momento mostraba era un dominio absoluto del parlamento, titular exclusivo del poder de hacer la ley y de imponer tributos, dueño del mismo gobierno, protagonista de nuevo de manera exclusiva del procedimiento de revisión de la constitución que las leyes constitucionales de 1875 configuraban como un procedimiento puramente parlamentario.⁶⁹

Tras los debates constitucionales, una de las principales figuras jurídicas dedicada a analizar las relaciones entre soberanía legislativa popular y los límites constitucionales fue Raymond Carré de Malberg, quien trazó una distinción entre Estado legal (l'Etat legal) y Estado de derecho (l'Etat de droit) como punto de partida. La distinción tenía como objetivo conceptualizar al Estado como una *entidad legal*, pues para Malberg sólo entendiéndolo de esa forma podía pretenderse que el propio Estado debiera vincularse a sus propias normas a través del concepto de auto-limitación. Por el contrario, en la medida en que se le concibiera como una *entidad política*, siempre se estaría en riesgo de que el Estado se dirigiera sólo respecto al principio político de soberanía evitando con ello toda posibilidad de auto-limitación.

Según la distinción acuñada por el jurista francés, el concepto de Estado legal estaba dirigido primordialmente hacia el espacio del poder ejecutivo y lo que buscaba era asegurarse de que la administración actuara de acuerdo con las leyes y no de acuerdo con las voluntades de quienes la

⁶⁸ La neutralidad del Estado de derecho y la despolitización del mismo es una idea que ha sido combatida desde la izquierda (a través de la crítica de Marx) y la derecha (con la crítica de Carl Schmitt). En los capítulos 2 y 3 de esta investigación trataremos profusamente esas críticas y sus consecuencias en la teoría del Estado de derecho. Por el momento baste anotar que la intuición que guía ambos horizontes de la crítica es que la pretendida neutralidad del Estado de derecho en realidad oculta la victoria de las posiciones políticas liberales en el ámbito europeo.

⁶⁹ Maurizio Fioravanti, *Op. Cit.*, p. 143

integran. Para Malberg, esta es una noción producida tras la Revolución, con la que se obligaba al poder ejecutivo a permanecer subordinado a la autoridad legislativa, que sería la que establecería las directrices del ejecutivo a través de estatutos de autorización. Por su parte, el concepto de Estado de derecho surgió de la convicción (postrevolucionaria) de que, bajo el esquema de soberanía del poder legislativo, los derechos individuales estaban protegidos solamente de forma parcial. Por ello, se requería de una conceptualización que asegurara la protección de los derechos individuales incluso frente a la voluntad general. Para lograrlo, según Malberg, habría que admitir que la ley existe precisamente para proteger los derechos individuales. Tal y como recuerda Fioravanti respecto al jurista francés:

[Malberg] No dudó en apoyarse en la doctrina alemana del Estado de derecho para poner un límite a la tendencia del derecho público francés a proponer continuamente el dominio, cuasi ilimitado, del legislador representante del pueblo soberano [...] Ya que, al contrario de lo que había sucedido en Estados Unidos, el mismo jurista francés no veía ninguna posibilidad de lograr en Francia la práctica del control de constitucionalidad, la única esperanza de introducir una limitación eficaz provenía de Alemania y consistía en considerar al poder legislativo como un simple órgano del Estado, regulado por la constitución estatal y, sobre todo, desvinculado de la tradición política de la Revolución, del traslado a, y de la concentración en, la asamblea legislativa de los poderes y de la fuerza del mismo pueblo soberano⁷⁰.

La distinción entre Estado legal y Estado de derecho permitió al jurista francés señalar la debilidad que presentaban los derechos individuales planteados en la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789 en un ámbito constitucional en el que el poder legislativo carecía de límites claros. Precisamente el concepto de Estado de derecho surge con el objetivo de condicionar el ejercicio del poder legislativo que en el espacio de Estado legal no tenía frenos. Así, Malberg concluyó que los derechos planteados en la Declaración no tendrían ningún efecto legal si se los mantenía fuera de la Constitución promulgada en 1875. Así, la Declaración de los Derechos debía incluirse dentro del texto constitucional con el objetivo de dar certeza a los ciudadanos de la indisponibilidad de esos derechos y asegurar su defensa frente al ataque de cualquier poder del Estado.

⁷⁰ Maurizio Fioravanti, *Op. Cit.*, p. 144

2.1 Los derechos como premisa racional del Estado de derecho

La tesis marlbergriana animó el debate dentro del horizonte francés y su posición fue respondida por juristas como León Duguit y Maurice Hauriou, quienes sostuvieron que la Declaración era un documento fundacional de la República Francesa y que por ello no solo era legal, sino que tenía un estatus supraconstitucional que le daba una mayor jerarquía. A esto agregaban que su inclusión en el Preámbulo de la Constitución debía interpretarse en el sentido de que los derechos de la Declaración tenían un rango mayor de jerarquía que la propia constitución escrita; lo cual dejaba de manifiesto que los derechos eran una precondition para el Estado de derecho.

En este aspecto vale la pena retroceder un poco en las discusiones sobre la construcción del Estado de derecho y situarnos en los siglos XVII y XVIII, particularmente en las concepciones de John Locke y de Immanuel Kant. Para ambos, los derechos de los individuos debían considerarse como límites racionales a la actuación del Estado, a la vez que eran el presupuesto indispensable para su propia existencia. Así, la construcción del Estado debía estar mediada no sólo por la suposición de un consenso que lo legitimara, sino por la construcción de un entramado institucional que protegiera precisamente a quienes consentían la creación del Estado: los individuos.

Pongámoslo de la siguiente manera: si las teorías modernas sobre el origen de la sociedad y la construcción del Estado fueran una obra de teatro, el individuo sería sin duda el protagonista. Al menos desde Locke, las teorías políticas dan un paso decisivo rumbo a la desintegración del orden medieval: ya no serán las comunidades, los reinos, los estamentos o las corporaciones quienes ostenten los derechos (por lo demás, llamados muchas veces “privilegios” en el lenguaje jurídico medieval), sino que serán los individuos los únicos y auténticos sujetos de derecho. Así, la protección de los derechos de los individuos es lo que está en el centro de la legitimación del Estado y, por ello, se buscará disciplinar el poder estatal a través de la racionalidad del derecho y la división de poderes. De tal suerte que se requiere que la ley responda a principios racionales como la generalidad, la abstracción o la no retroactividad, etc. (todos ellos ya analizados en nuestro apartado sobre el imperio de la ley) y mecanismos institucionales que impidan la acumulación total del poder en ninguno de los órganos del Estado.

Ahora, volvamos a Locke. Situémonos en el plano del contractualismo y la institución de la libertad civil. El filósofo inglés, como es sabido, consideró la libertad civil como el perfeccionamiento de la libertad natural. Esto es, para justificar una teoría del contrato social como fundamento de legitimación del Estado, Locke suponía que era necesario sostener -contra Hobbes- que lo que se obtenía en el estado civil, no era la pérdida de los derechos naturales a cambio de mayor seguridad de las propiedades, sino una mayor protección de los derechos naturales por la presencia de un poder común que pudiera erigirse como un arbitro imparcial en las disputas por los derechos y la preservación del bien común.

Para Locke, los derechos naturales son entendidos como una dimensión jurídica preestatal, en la que todo individuo podía considerarse como propietario de sí mismo y como defensor del orden natural, esto es, libre de disponer de su vida y de las propiedades obtenidas con el fruto de su trabajo, así como legitimado para condenar a quienes atentaran contra el orden natural. Es decir que el *estado de naturaleza* no es un espacio del todo insociable, sino más bien un espacio de sociabilidad rudimentaria. Con todo, el *estado de naturaleza* de Locke no está exento de dificultades, no puede ser identificado con la *edad de oro*, ni con ninguna otra alegoría que sitúe a los seres humanos en un espacio de perfecta paz y armonía. Por el contrario, hay un problema apremiante en el *estado de naturaleza* de Locke: todos tenemos el derecho de juzgar a los demás y ese derecho puede llegar a ser lo suficientemente parcial como para poner en entredicho la estabilidad social⁷¹.

De tal suerte que *el poder común* aparece como una condición indispensable para la protección de los derechos naturales, pues sólo a través de él se puede aspirar a la reducción de la parcialidad humana. Así, a pesar de la extraordinaria libertad que de ser *dueños de nosotros mismos* en el *estado de naturaleza*, esa condición no puede sostenerse. En palabras del propio Locke:

Si en el estado de naturaleza la libertad de un hombre es tan grande como hemos dicho; si él es señor absoluto de su propia persona y de sus posesiones en igual medida que pueda serlo el más poderoso; y si no es súbdito de nadie ¿por qué decide mermar su libertad? [...] Contesto diciendo que, aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos, está sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros [...] faltaba una ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por

⁷¹ La parcialidad del juicio en el estado natural lockeano en ocasiones ha llevado a interpretar su teoría como una especie de *hobbesianismo moderado*. Según dicha interpretación, Locke sigue a Hobbes en los aspectos primordiales de su antropología filosófica y se separa de él en el diseño del Estado. Al respecto *cfr.* Steven Smith, *Introduction to political philosophy: the constitutional government*, Open Yale Courses, Lecture 15, en <http://oyc.yale.edu/transcript/790/plsc-114>

consentimiento común, como norma de lo bueno y lo malo, y como criterio para decidir entre las controversias que surgieran entre los hombres. Pues aunque la ley de la naturaleza es clara e inteligible para todas las criaturas racionales, los hombres, sin embargo, cegados por sus propios intereses [...] tienden a no considerarla como obligatoria.⁷²

Es decir que lo que explica el paso del estado natural al estado civil no es un supuesto caos que nos condena al exterminio mutuo – como pretendiera Hobbes- sino el deseo de perfeccionar nuestra obediencia a un orden racional, el orden de los derechos naturales. Así que sólo una mejora en la garantía de protección de los derechos puede darle legitimidad al Estado, precisamente porque esos derechos son constitutivos de la propia sociedad. Esto es, si la *sociedad natural* es ya un orden racional, el único motivo para pasar de ella a un *estado civil y artificial* sería una mejora en la racionalidad del orden. En franca controversia con Hobbes, Locke construye una teoría del Estado en la que los derechos no son consecuencia del *estado civil*, sino la razón de éste. Más aún, los individuos de Locke están protegidos frente al poder del Estado precisamente porque los derechos son previos a éste, esto hace que los derechos sean indisponibles y que su aceptación esté fuera de toda discusión.

Así la configuración del moderno Estado de derecho es la configuración de una teoría racional del Estado. Los derechos aparecen como previos a la institucionalización de un poder común porque son las condiciones racionales para la existencia humana; sin ellos, desde la perspectiva de Locke es imposible pensar en una sociedad. El poder común existe precisamente para mejorar las condiciones de existencia de la sociedad. La protección de la propiedad y la libertad tanto en el estado de naturaleza como en el estado civil es lo que lo que otorga autoridad: a todos los individuos en el caso del estado de naturaleza y al poder común en el caso del estado civil. Significativamente, de la protección de los derechos deriva la obediencia al orden civil que es precisamente lo que otorga fuerza a los derechos: la ausencia de protección es causal para ejercer el derecho a la resistencia.

No es pues trivial lo que nos plantea el filósofo inglés. La autoridad política está cimentada ahora sobre la protección de los derechos de los individuos y la obediencia de estos últimos depende de la protección de dichos derechos. Autoridad aquí, desde luego, ya nada tiene que ver con la tradición o con el designio divino sino con la razón, pues por un lado se está autorizado por el consenso racional de los individuos para fungir como poder común y, por otro, esa

⁷² John Locke, *Segundo Tratado...*, Capítulo 9 §123 y §124.

autorización implica que quien este a cargo del poder común tiene la obligación de mantener las condiciones necesarias para la existencia humana, a saber, los derechos naturales.

2.2 La libertad, consenso y legitimación racional del Estado de derecho

Al igual que Locke, Kant coloca a los derechos de los ciudadanos como una condición racional indispensable para la construcción del Estado de derecho. Por ello, en la teoría del filósofo alemán la libertad aparece como el concepto central. Es ella la condición necesaria para evitar que el Estado se convierta en *la jaula del león a la que entramos para protegernos de los gatos monteses*, según la famosa descripción de Locke en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*⁷³. Sin libertad estamos desprotegidos frente al león, aunque los gatos monteses ya no representen una amenaza. El consenso sobre el orden civil, lleva implícita la expectativa de protección de nuestra libertad. Más aún, según Kant, el orden civil requiere garantizar nuestra libertad para que pueda legitimarse. Como se observa, para al igual que para Locke, Thomas Hobbes es el adversario a vencer.

Libertad es por un lado autodeterminación, es decir, capacidad para elegir el tipo de vida que queremos vivir y, por otro, expresión racional de los ciudadanos en el espacio público. Es nuestra defensa frente al león de la jaula y lo que le otorga al derecho validez racional.⁷⁴

La posibilidad de que los ciudadanos expresen libremente sus perspectivas respecto al derecho da pie al consentimiento que es un factor indispensable para determinar la validez del derecho. Esto se expresa en la máxima *Volenti non fit iniura* (no hay injusticia si hay aceptación), una máxima republicana que para Kant se presenta un principio *a priori* de la razón práctica. La ausencia de consentimiento supondría la imposición de un orden jurídico donde el gobernante

⁷³ Cfr. John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, ed. Alianza, Madrid, 2002, p. 108: “Es como si los hombres, una vez dejado el estado de naturaleza, y tras ingresar en la sociedad, acordaran que todos ellos, menos uno deben estar bajo leyes... Ello equivale a pensar que los hombres son tan estúpidos como para cuidar de protegerse de los daños que puedan causarles los gatos monteses y los zorros, y que no les preocupa, más aún, que encuentran seguridad en el hecho de ser devorados por los leones.”

⁷⁴ Ver, Immanuel Kant, *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 27 - 33

objetualiza a sus súbditos⁷⁵, lo que traería como consecuencia la pérdida de su libertad y dignidad⁷⁶. Tal y como dice Enrique Serrano, para Kant esto supone reconocer que “en la historia política de las sociedades un número socialmente relevante de individuos no se han conformado con ser tratados como meros engranajes del sistema institucional, sino que han demandado ser reconocidos como seres libres”⁷⁷. Ese dato no es menor, pues indica que la racionalidad humana empuja hacia el reconocimiento de la libertad como un derecho fundamental.

Es importante notar que consentimiento aquí no puede equipararse a una especie de consenso mayoritario. No es que cada ley deba tener el beneplácito absoluto de la opinión pública, lo que se consiente es que la configuración del Estado debe ser tal que exista espacio para la *libertad de pluma* y la corrección de la legalidad. Dice Kant:

[...] se ha de otorgar al ciudadano – y además con permiso del propio soberano- la facultad de dar a conocer públicamente su opinión acerca de lo que en las disposiciones de ese soberano le parece haber de injusto para la comunidad [...] Pues querer negarle esta libertad no sólo es arrebatarle toda pretensión de tener derechos frente al supremo mandatario –como Hobbes pretende- sino también privar al mandatario supremo de toda noticia sobre aquello que él mismo modificaría si lo supiera [...] ⁷⁸

El Estado está conformado por individuos racionales que, como tales, esperan que las leyes no atenten contra su libertad y dignidad, es decir que se les permita participar en los asuntos públicos y que su participación sea reconocida como una expresión racional que podría exponer argumentos de peso para la corrección de la legislación. Al respecto, comenta Serrano: “La legalidad, que unifica al pueblo, presupone un consenso sobre los principios generales de justicia,

⁷⁵ En ese sentido resultan sintomáticas las reflexiones de Paolo Grossi (presidente de la Corte Constitucional italiana): “El derecho se le presenta [al hombre común] como ley, y la ley es el mandato autoritario que desde arriba llega a la inerte comunidad... Lo que el Estado moderno ofrece a los ciudadanos es un conjunto de garantías formales: únicamente es ley el acto que procede de determinados órganos (normalmente el Parlamento) y a través de un procedimiento puntillosamente precisado.” Ver, Paolo Grossi, “¿Justicia como ley o ley como justicia?” en *Mitología Jurídica de la Modernidad*, ed. Trotta, España, 2003, pp. 21-22. Ciertamente el aserto de Grossi tiene fundamento empírico e histórico, aunque no filosófico. En primer lugar, porque el Estado moderno no es un concepto monolítico y acabado que solo acepte una definición (la concepción que está usando el juez italiano es la de un Estado absolutista con un Parlamento), en segundo lugar porque decir que la ley no tiene ningún referente de justicia supone hacer a un lado la dimensión de *justicia universal* que corresponde a la legalidad y que ya había enunciado Aristóteles en el siglo IV a.e.

⁷⁶ Cfr. Jürgen Habermas, “El concepto de dignidad humana y los derechos humanos”, en *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, p. 26: “Al ser un concepto jurídico moderno, la dignidad humana se encuentra asociada con el estatus que los ciudadanos asumen en el orden político *autoproducido*. Como sus destinatarios, los ciudadanos solamente pueden llegar a disfrutar de los derechos que protegen su dignidad humana si logran conjuntamente fundar y mantener un orden político basado en los derechos humanos.”

⁷⁷ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad. El lugar y la función del derecho y la política en la filosofía práctica de Kant*, Madrid, Anthropos, 2004, p. 84.

⁷⁸ Immanuel Kant, *Teoría y Práctica...* pp. 46 - 47

pero nunca un acuerdo unánime sobre las políticas públicas concretas que deben aplicarse”⁷⁹. Igualmente, la construcción del propio Estado, parte del supuesto de que el legislador es racional y que, en tanto tal, respondería positivamente a la *libertad de pluma* de los ciudadanos si esta le indica un error que compromete la estabilidad del orden civil.

De lo dicho hasta aquí, vale la pena anotar que la apuesta kantiana por la libertad como fuente de legitimidad, indica un camino anti-paternalista de limitación del poder del Estado. La libertad debe entenderse como la posibilidad de que los ciudadanos construyan por sí mismos su camino hacia la felicidad, en ese sentido, el Estado no puede determinar cuál es el contenido de una *vida buena*. En caso contrario, los individuos se colocarían en una posición de minoría de edad frente al poder público, lo que pondría en duda su racionalidad y el ejercicio de su libertad⁸⁰. Tal y como expresa el propio Kant:

Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro).

Un Gobierno que se constituyera sobre el principio de la benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para con sus hijos, esto es, un *gobierno paternalista*, en el que los súbditos –como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más el juicio del jefe de Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor *despotismo* imaginable (se trata de una constitución que suprime toda libertad a los súbditos, los cuales no tienen entonces absolutamente ningún derecho).⁸¹

Así, la cuestión de la racionalidad del Estado a su vez implica generar condiciones para el desarrollo de la racionalidad de los individuos. La garantía de la libertad le otorga legitimidad al Estado porque sobre ella descansa el consenso sobre el que se edifica el poder público y el

⁷⁹ Enrique Serrano, *Op. Cit.*, p. 135.

⁸⁰ Evidencias sobre el paternalismo estatal se pueden encontrar muchas en los orígenes del Estado moderno. Quizá una de las más significativas se dio en el contexto de la expansión del Imperio Español en el siglo XVI. En la célebre *Controversia de Valladolid* Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas discutieron largamente sobre la racionalidad de los pueblos conquistados. Ginés de Sepúlveda, pretendiendo seguir la tesis de la *servidumbre natural* de Aristóteles argumentaba que la evidente irracionalidad de aquellos (demostrada por prácticas de canibalismo, sacrificios humanos, etc.) justificaba su servidumbre a la corona de España, Bartolomé de las Casas por su parte cuestionó decididamente la tesis de Sepúlveda arguyendo que aquello que llamaban irracional en los indios lo habían practicado también los antiguos europeos (*Ver.* Francisco De Icaza Dufour, *Plus Ultra*, ed. Porrúa, México, 2008, pp. 92 – 101). Justo las consecuencias de un paternalismo como el que promulgaba Sepúlveda, que supondría que no debes garantizar libertad a los seres humanos hasta que no demuestren que son capaces de ejercerla, es lo que Kant quería contrarrestar con su teoría.

⁸¹ Immanuel Kant, *Teoría y Práctica...*, pp. 27 - 28

consenso, a su vez, requiere del desarrollo de la razón en condiciones de libertad para consolidarse. Un Estado que impidiera la autodeterminación de los individuos se vería obligado a imponer las leyes por la vía de la fuerza, lo que implica un enorme desgaste de la energía del poder público y la pérdida de la estabilidad duradera que promete el consenso racional. De tal suerte que, desde la perspectiva de Kant, un Estado que impone leyes de forma paternalista es antiilustrado e ineficaz.

Así, un Estado de derecho que exige a los ciudadanos conducir su conducta según lo estipulado legalmente, debe garantizarles la autodeterminación para afirmarse como seres racionales y debe garantizarles poder expresarse libremente sobre la validez del derecho positivo y la necesidad de su transformación para que el derecho pueda ser obedecido sin la constante recurrencia a la coacción. Ahora bien, Kant al igual que Locke entiende que ningún ordenamiento jurídico está autojustificado sino que es necesario que dicho ordenamiento responda al imperativo racional de la libertad. Pero la libertad en Kant no es equiparable con ningún derecho natural o con algún orden natural previo al Estado. Es decir que, al distinguir entre el nivel empírico del derecho (derecho positivo) y el nivel normativo (derecho válido), Kant busca afirmar la racionalidad del Estado de derecho en un registro distinto al del filósofo inglés. Para el filósofo alemán no hay problema en reconocer que los derechos dependen del Estado, la cuestión fundamental, más bien, es que el ordenamiento jurídico que emane de él no esté sustentado únicamente en la fuerza, pues si así fuera no sería distinguible de las órdenes de un bandido⁸².

Desde la perspectiva de Enrique Serrano, para Kant “la libertad individual no es un dato inicial, ni un atributo del individuo aislado, sino una cualidad que sólo se puede conquistar y mantener en la medida que los seres humanos actúan como ciudadanos”⁸³. La libertad es pues: “una propiedad de las acciones individuales... [que] sólo puede alcanzarse en la dinámica social. el ejercicio de la libertad presupone siempre una legalidad y ésta, a su vez, la dimensión intersubjetiva del orden social”⁸⁴. Kant en este sentido está con y contra Locke, por un lado

⁸² Esta es una dimensión que Ronald Dworkin recuerda en su crítica a la filosofía de John Austin: “Solemos hacer una importante distinción entre el derecho y los preceptos generales de otro orden (los de un bandido, por ejemplo); consideramos que las coerciones del derecho –y sus sanciones- difieren de los mandatos de un bandolero en que obligan de manera distinta. El análisis de Austin no da cabida a tal distinción, porque define una obligación como sujeción a la amenaza de coacción y, por tanto, funda la autoridad del derecho exclusivamente en la potestad y la intención del soberano de hacer daño a quienes lo infrinjan”. Cfr. Ronald Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en: Ronald Dworkin, *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp.110 -111.

⁸³ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p. 86.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 134.

admite la tesis de que libertad no significa licencia⁸⁵ y que por ello solo puede existir si es mediada por la legalidad, pero por otro se aleja de la postura del filósofo inglés que indica que los derechos naturales son previos a la construcción del Estado. Libertad para Kant es pues un derecho que funciona como condición necesaria para la legitimidad de un orden civil y, como tal, cooriginal a éste⁸⁶.

No debe escapársenos que parte de lo que está en juego es la relación entre libertad y obediencia del derecho. Todo Estado moderno parte del presupuesto de un poder soberano del cual emana el derecho y al que se presta obediencia para la preservación del orden civil. Pero la cuestión es que la obediencia al derecho depende ahora de un consenso racional. Según Kant, dado que en los Estados modernos ya no se puede recurrir a los órdenes de legitimación tradicionales (costumbres, divinidad, Iglesia, etc.) para justificar un ordenamiento jurídico, es necesario que el derecho responda a imperativos racionales, es decir, que garantice a los ciudadanos espacios de libertad y que asegure un desarrollo racional de la misma. En palabras del filósofo alemán: “El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición con su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal”⁸⁷.

Por supuesto, desde una dimensión política, la pregunta que emerge inmediatamente a este planteamiento es ¿qué sucedería si la libertad no estuviera garantizada? ¿se justificaría un derecho de rebelión o de resistencia? ¿existe un derecho a imponer un nuevo ordenamiento jurídico si un gobierno contraviene constantemente la racionalidad del Estado? A continuación revisaremos la perspectiva kantiana para profundizar el tema de la configuración racional del Estado de derecho.

⁸⁵ Cfr. John Locke, *Segundo Tratado...* pp. 37 – 38.

⁸⁶ Este aspecto del Estado de derecho fue retomado por Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 153 – 155.

⁸⁷ Immanuel Kant, *Teoría y práctica*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 26.

2.3 Racionalidad de la legalidad y obediencia al Estado

Ya Aristóteles, en el s. IV a.e, consideraba a la legalidad como una dimensión de la justicia, y sostenía que la legalidad debía conceptualizarse como *justicia general* o *justicia universal*. Es universal en la medida en que no hace distinciones y se aplica igual para todos⁸⁸.

Desde entonces, se reconoce que la legalidad es una condición indispensable para la justicia porque permite limitar la arbitrariedad tanto de quien detenta el poder, como de los particulares: “gobierno de leyes y no de hombres” como reza la clásica fórmula republicana. Así, en la Edad Moderna con el surgimiento de los Estados Nación, surgió también la necesidad de especificar el poder que tendrían los poderes soberanos propios de dichos Estados. En ese contexto, la legalidad se erigió como el elemento que debía conquistar o poseer todo poder soberano para estructurar al Estado y regular la conducta de sus miembros. Así, cuando la ley es el poder soberano al que han de someterse tanto autoridades como ciudadanos se suele decir que esa estructura es un *Estado de derecho*.

Una idea primordial del Estado de derecho es que toda regulación de las conductas que establezca el poder público estará estipulada por una legislación a la que han de atenerse todos los ciudadanos (incluidos aquellos que ejercen un cargo público). Por sobre la moral y las costumbres, se impone el derecho como la institución que ha de regular en lo primordial la convivencia social⁸⁹.

Es importante señalar que una de las interrogantes más recurrentes que han surgido alrededor de este modelo jurídico-político es si los ciudadanos deben obedecer las legislaciones aún si éstas son injustas. En otros términos, la cuestión podría expresarse así: ¿un ordenamiento jurídico

⁸⁸ Con todo es importante recordar que el propio Aristóteles considera que en su aplicación toda ley requiere una mediación jurisdiccional que analice el caso concreto para darle proporcionalidad a la aplicación. A esto se le ha llamado “equidad”.

⁸⁹ Decimos “en lo primordial” porque es difícil pensar que algún ordenamiento jurídico pueda aspirar a regular la totalidad de las relaciones sociales. Adam Smith pensaba por ejemplo que conductas como la benevolencia no eran susceptibles de incluirse en el ordenamiento jurídico, es decir, el derecho no podía obligar a las personas a comportarse con benevolencia. Ver Knud Haakonssen, *The Science of the Legislator. The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, ed. Cambridge University Press, USA, 1981, p. 85: The man who does not show beneficence can at most be ‘the object of hatred, a passion which is naturally excited by impropriety of sentiment and behaviour; not of resentment, a passion which is never properly called fourth but by actions which tend to do real and positive hurt to some particular persons’. Accordingly, ‘Beneficence is always free, it cannot be extorted by force, the mere want of it exposes to no punishment.’

injusto nos obliga igual que uno justo? ¿Existe un *derecho de resistencia* que pueda ejercer el pueblo contra un poder del que emanan leyes injustas?

Al respecto, se ha argumentado que la legalidad no fue creada para generar condiciones de justicia más allá de las de garantía de legalidad y que, por lo tanto no existe un tal *derecho de resistencia*. Así, el Estado está legitimado a utilizar los medios de coacción para preservar el orden legal (aunque este no ofrezca más dimensiones de justicia que la propia legalidad). Por supuesto, hay quienes han visto críticamente esta posición y han propuesto sistemas jurídicos donde el derecho positivo deba estar emparentado con una noción de justicia natural o trascendente a la que el Estado se encuentre constreñido de manera definitiva. En la polémica se ha llamado a los defensores de la legalidad *positivistas* y a quienes defienden la justicia trascendente *iusnaturalistas*.

Immanuel Kant, en su teoría jurídica hizo un esfuerzo notable para especificar los alcances del principio de legalidad, así como para colocar las pretensiones de justicia en el mismo marco. Es decir, presentó una salida al dilema entre iusnaturalistas y positivistas. Para Kant, defender el principio de legalidad no puede equipararse con una apología dogmática de la obediencia a la ley. Por el contrario, el principio de legalidad es una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar las diversas dimensiones de la justicia (distributiva, retributiva, social, etc.). Más aún, no toda legalidad se construye bajo imperativos racionales, es decir, el poder político puede generar leyes injustas que requieran corregirse. De tal suerte, un Estado legítimo tiene que asegurar tanto que las conductas estén reguladas por la ley como que las leyes sean justas.

Kant parte de la idea de que la legalidad es la autoridad suprema y que en ese sentido los ciudadanos están obligados a obedecer las leyes, aunque estas sean injustas. Esta concepción, como hemos anotado antes es la condición necesaria para construir un Estado de derecho. Con todo, esto no quiere decir que los ciudadanos deban permanecer pasivos ante el ordenamiento jurídico, por el contrario, es su obligación desarrollar una postura crítica respecto a lo que el derecho manda, esto es, cuestionar si el derecho es justo. La demanda de un derecho justo es indispensable si los ciudadanos pretenden autonomía, es decir, si pretenden poder actuar según lo que ellos consideran como una *vida buena*.

Precisamente, el hecho de que todos los ciudadanos tengan derecho a expresar sus desacuerdos con el orden jurídico es lo que diferenciaría un Estado de derecho donde se busca erradicar la arbitrariedad gubernamental y disciplinar la actividad de los ciudadanos mediante el

derecho, de un *Estado de leyes* donde son las leyes las que regulan la conducta, pero funcionan sólo como una fachada que permite ocultar la arbitrariedad.

La apuesta kantiana es que se obedezca el derecho, pero que existan vías para la corrección de la legalidad. Desde esta perspectiva, el derecho no se entiende como una obra perfecta de un sabio legislador, sino como una institución que requiere una constante reforma para adecuarse a la realidad y aspirar a la justicia. La reforma del derecho debe darse dentro de los cauces institucionales, pues de lo contrario se estaría rompiendo el propio principio de legalidad. Es por ello que Kant se pronuncia en contra del derecho de resistencia, pues un derecho de esa naturaleza implicaría un poder por encima de la legalidad lo cual le quita toda dimensión de justicia al principio al verse quebrantada la universalidad. Tal y como se expresa en *La Metafísica de las Costumbres*:

Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico; por tanto, no hay ningún derecho de *sedición* (*seditio*), aún menos de *rebelión* (*rebellio*) [...] La razón por la que el pueblo debe soportar, a pesar de todo, un abuso del poder supremo, incluso un abuso considerado como intolerable, es que su resistencia a la legislación suprema misma ha de concebirse como contraria a la ley, incluso como destructora de la constitución legal en su totalidad.⁹⁰

En este aspecto es quizá donde se ve con mayor claridad la oposición entre una teoría iusnaturalista como la de Locke frente a la apuesta kantiana por el Estado de derecho. Pues el filósofo inglés reconoce, hacia el final de su *Segundo Tratado* que, si bien el principio de legalidad es indispensable para la preservación del orden civil, si las injusticias fueran demasiado intolerables podría recurrirse a la resistencia como un medio legítimo para que la sociedad recuperara el poder original al que renuncia para la constitución del orden civil. Dice Locke:

Siempre que los legisladores tratan de arrebatar y destruir la propiedad del pueblo, o intentan reducir al pueblo a la esclavitud bajo un poder arbitrario, están poniéndose a sí mismos en un estado de guerra contra el pueblo, el cual, por eso mismo, queda absuelto de prestar obediencia, y libre para acogerse al único refugio que Dios ha procurado a todos los hombres frente a la fuerza y la violencia [...] Y al hacer esto, estará devolviendo al pueblo el poder que éste le dio, y el pueblo tendrá entonces el derecho de retomar su libertad original y el de establecer un nuevo cuerpo legislativo que le parezca apropiado y que le proporcione protección y seguridad, que es el fin que perseguía al unirse en sociedad. Lo que he dicho aquí refiriéndome al poder legislativo en general es también verdad para el poder ejecutivo supremo...⁹¹

⁹⁰ Immanuel Kant, *La Metafísica de las costumbres*, ed. Tecnos, Madrid, 2005, pp.151-152.

⁹¹ John Locke, *Segundo Tratado...*, p. 213

Kant reconoce, desde luego, que no todo orden legal en sí mismo es justo e incluso plantea que un ordenamiento jurídico en el que se escamotea la libertad sería ilegítimo, pues la legalidad no expresaría la voluntad unida del pueblo⁹². Esto es, una legalidad que no descansa sobre el consenso público difícilmente puede comprenderse como racionalmente establecida, lo que contraviene la idea de que el Estado de derecho está construido sobre el supuesto de que las leyes van dirigidas a seres autónomos y racionales. Tal y como expresa el filósofo alemán:

En toda comunidad tiene que haber una *obediencia* sujeta al mecanismo de la constitución estatal, con arreglo a leyes coactivas (que conciernen a todos), pero a la vez tiene que haber un *espíritu de libertad*, pues en lo que atañe al deber universal de los hombres todos exigen ser persuadidos racionalmente de que tal coacción es legítima, a fin de no incurrir en contradicción consigo mismos.⁹³

La cuestión aquí es que en el entramado institucional del Estado de derecho no es posible establecer algo así como un *derecho de resistencia* porque eso implicaría construir un poder que esté por encima de las leyes, un poder que pueda destruir el ordenamiento jurídico para restaurar la justicia. Es decir que establecer el *derecho de resistencia* rompería con las condiciones de posibilidad de una sociedad que se dirija con arreglo a derecho, porque se estaría colocando a una entidad social difícil de identificar –el pueblo– por encima de lo que exige la propia racionalidad jurídica. Para Kant, establecer un derecho a resistir el orden jurídico (por las razones que sea) es incompatible con el imperativo racional de obediencia al derecho, pues implica que un mismo ordenamiento tuviera en sí mismo la fórmula para la autodestrucción. El problema para Kant se expresa en los siguientes cuestionamientos: ¿quién decide en qué momento un poder se ha vuelto lo suficientemente arbitrario para resistirlo? y ¿cuál sería el fundamento jurídico para dicha resistencia? Al respecto dice lo siguiente en *Teoría y Práctica*:

Que la constitución contuviera una ley para tal caso, una ley que autorizara a derrocar la constitución vigente – de la cual dimanarían todas las leyes particulares– en el supuesto de que el contrato sea quebrantado, sería una clara contradicción, porque entonces habría de contener también un contrapoder *públicamente constituido* y, por ende, sería preciso todavía un segundo jefe de Estado que amparase los derechos del pueblo frente al primero, e incluso un tercero que decidiese entre ambos para dirimir de parte de cuál de ellos está el derecho.⁹⁴

⁹² Es preciso recordar que Kant no entiende la voluntad popular en clave rousseauniana, dicha voluntad no es homogénea, sino que es plural y está mediada por las instituciones del Estado de derecho: la representación parlamentaria, la división de poderes y el propio principio de legalidad.

⁹³ Immanuel Kant, *Teoría y Práctica...*, p. 48

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 45

Ahora, como decíamos líneas atrás, la oposición entre la tesis lockeana y kantiana respecto a la obediencia del orden jurídico se explica por las divergentes posturas que ambos toman respecto al establecimiento del orden civil. Para ambos ese orden se explica y legitima con el mecanismo teórico de un *contrato social*, pero Kant a diferencia de Locke, se muestra reticente a suponer alguna especie de orden social previo al Estado en el que se desarrollan *derechos naturales*.

Veamos esto con un poco más de detalle. Locke explicará la arquitectura del moderno Estado constitucional narrando una *historia ideal* en su *Segundo Tratado*. Dicha narración reconstruye la *historia* del tránsito del *estado de naturaleza* al *estado civil*. En el tránsito de un estado a otro es donde Locke establece los principios para el Estado constitucional. En ese tránsito, lo que *sucede* es un pacto mediante el cual los seres humanos renuncian a su libertad natural con la finalidad de establecer un *poder común* que pueda dirimir imparcialmente las controversias entre los seres humanos, que pueda castigar a quien atenta contra la preservación de la sociedad y que pueda premiar a quien la protege.

La *historia ideal* de Locke, en términos muy llanos se explica como sigue. Los seres humanos son racionales por naturaleza y, por tanto, son capaces de establecer vínculos de cooperación, así como reconocer y respetar los *derechos naturales* de sus congéneres, sin la necesidad de un poder común. Según esto, podrían existir asociaciones sin la necesidad de poderes públicos en las cuales la vida, la integridad, la libertad y la propiedad – los derechos naturales por excelencia- estarían garantizados por la racionalidad común de los seres humanos⁹⁵. El problema de estas asociaciones, piensa Locke, es que así como todos los seres humanos tienen aquellos derechos de vida, libertad y propiedad, también tendrían el derecho a juzgar y castigar a quien atenta contra esos derechos y contra la preservación de la sociedad. Esto abre el camino de la arbitrariedad y la descomposición social, pues se trata de un derecho que podría ser utilizado como medio para la venganza o para fines egoístas, lo que pondría en peligro los derechos de vida, libertad y propiedad. Dice Locke:

A esta extraña doctrina – es decir, a la doctrina de que en el estado de naturaleza cada hombre tiene el poder de hacer que se ejecute la ley natural- se le pondrá, sin duda, la objeción de que no es razonable que los hombres sean jueces de su propia causa; que el amor propio los hará juzgar en favor de sí mismos y de sus amigos, y que, por otra parte, sus defectos

⁹⁵ Ver, John Locke, *Segundo Tratado...*, p. 38

naturales, su pasión y su deseo de venganza los llevarán a demasiado lejos al castigar a los otros, de lo cual sólo podrá seguirse la confusión y el desorden [...]»⁹⁶

Ante ello, los seres humanos deciden pactar la institución de un poder común o un estado civil con el objetivo de perfeccionar la protección de los derechos y la sujeción a la legalidad natural. Así, un poder público que contraviniera las razones por las que fue instituido, carecería de legitimidad y por ello podría ser resistido. en palabras del filósofo inglés:

Como el fin principal de los hombres al entrar en sociedad es disfrutar de sus propiedades en paz y tranquilidad, y como el gran instrumento y los medios para conseguirlo son las leyes establecidas en esa sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del poder legislativo. Y la primera y fundamental ley natural que ha de gobernar el poder legislativo mismo es la preservación de la sociedad y (en la medida que ello sea compatible con el bien público) la de cada persona.⁹⁷

Por su parte, Kant considera el contrato social como un mecanismo que explica una transición antropológica en la que los individuos privados se convierten en ciudadanos públicos. Los seres humanos son espontáneamente sociales, pero eso no quiere decir que respeten los pactos de la misma forma. Pueden existir los pactos sin la presencia del Estado, pero es complicado garantizar el cumplimiento de esto de manera uniforme. Así, las relaciones sociales se ven constreñidas al incierto horizonte de la virtud humana. En ese sentido, el orden civil es el artificio mediante el cual los individuos se hacen ciudadanos capaces de observar los pactos y donde éstos ya no dependen de la virtud de sus congéneres, sino de la legalidad común que se ha consentido obedecer⁹⁸.

El contrato social se puede considerar como una mediación entre los órdenes privado y público, en primer lugar, porque permite establecer un poder común que podrá dirimir las controversias entre quienes hacen contratos; en segundo lugar, porque permite a los individuos privados convertirse en ciudadanos que pueden exigir sus derechos en el orden civil. Es decir, que acceder al orden civil es la única manera de conquistar la libertad no sólo entendida como participación en el espacio público, sino también en el espacio privado de los intercambios y relaciones particulares. La libertad en el ámbito privado solo es posible si antes (empíricamente hablando) se tiene ya la libertad política que consiste en aceptar la autoridad de las leyes que ha consentido o podría consentir. En efecto, nadie podría presuponer que tiene una propiedad

⁹⁶ John Locke, *Segundo Tratado...*, p. 43

⁹⁷ *Ibid.*, p. 141

⁹⁸ Ver, Enrique Serrano, *La Insociable Sociabilidad...*, p. 97

asegurada, sin que exista previamente un poder común que la garantice más allá de la posesión física. Tal y como dice Kant: “Tener algo exterior como suyo es sólo posible en un estado jurídico, bajo un poder legislativo público, es decir, en el estado civil”⁹⁹. Así, mediante el contrato social se consensúa un orden civil con la finalidad de obtener seguridad y libertad.

Es importante subrayar que tanto Locke como Kant (están conscientes de que la narración del *contrato social* no tiene la pretensión de explicar el origen de los Estados modernos. Más que al pasado, el contrato social se proyecta hacia el futuro¹⁰⁰. Se trata de un recurso teórico mediante el que se pretende decidir cuáles son las instituciones y procedimientos que se requieren para darle legitimidad racional al orden civil. Desde esta perspectiva, la consecuencia lógica sería que el legislador está obligado a dictar leyes *como si hubiera existido un contrato social*. Dice Kant:

Pero respecto de este contrato, en tanto que coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para constituir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación, sin más, legítima), en modo alguno es preciso suponer que se trata de un *hecho* [...] Por el contrario se trata de una *mera idea* de la razón (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas *podieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo [...] ¹⁰¹

Y aquel *como si hubiera existido un contrato social* implica que el orden civil está construido a la luz de la razón. No son las contingencias de un particular momento histórico las que explican la sujeción de los ciudadanos y del poder público a un ordenamiento jurídico. Por el contrario, el contrato social expone condiciones universales a las que estaríamos sujetos todos los seres humanos, de las cuales se pueden extraer principios universales como la protección de derechos, el imperio de la ley, etcétera.

Capítulo 3. Condiciones materiales de existencia y Estado de derecho

3.1 El derecho de propiedad

Hasta el momento, al hablar del Estado de derecho sólo hemos mencionado de forma fragmentaria el derecho de propiedad como uno de los derechos que todo ser humano pretende ver protegido con la institución del orden civil. Ahora quisiéramos concentrarnos en ese concepto

⁹⁹ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, p. 69.

¹⁰⁰ Cfr. Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p. 98

¹⁰¹ Immanuel Kant, *Teoría y Práctica*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 36-37.

con la pretensión de aclarar tanto su relación con el concepto de libertad como la dimensión material de existencia humana que se quiere proteger con el Estado de derecho.

Históricamente, a los constitucionalistas se les ha caracterizado como los defensores del binomio *liberty & property*, un par de derechos que tienden a unirse en más de un sentido y que buscan dar cuenta del sentido del Estado de derecho. Para comenzar, recordemos la posición de Locke respecto a la propiedad, que es la que fija algunos de los presupuestos conceptuales. El filósofo inglés la caracteriza como un término general que abarca la preservación de la vida, las libertades y las posesiones¹⁰². En ese sentido, *property* implica el dominio sobre un espectro más o menos amplio de derechos en el que el individuo se coloca como el soberano de todo aquello que lo constituye y lo hace sobrevivir. Precisamente esa soberanía sobre el *mí mismo* es lo que limita al poder público.

Ahora, que la propiedad sea una dimensión del individuo es una consecuencia del trabajo. A partir de esa idea, despliega Locke una antropología filosófica con la que busca establecer los fundamentos de Estado de derecho. Según el filósofo inglés, la primera condición para hacernos de bienes que puedan ser considerados como privados es transformar con nuestra fuerza o ingenio algún objeto. Es decir, las cosas se vuelven *nuestras* en la medida en que les transmitamos algo de nuestra persona. Así, una tierra se convierte en nuestra propiedad en el momento en que con trabajo y empeño hemos logrado que produzca alguna clase de bien agrícola -digamos papa o col, para estar a tono con la gastronomía inglesa-. El campo es nuestro porque lo hicimos producir, porque le dimos vida:

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya.¹⁰³

Se trata de un principio anclado en el empirismo y que hace patente que los propietarios de Locke (y en general los propietarios en los que pensaban los primeros liberales) no pueden identificarse de manera inmediata con los grandes comerciantes o terratenientes del siglo XIX, sino con los pequeños propietarios del s.XVII que exigían al rey el dominio sobre las tierras que

¹⁰² John Locke, *Segundo Tratado...*, p. 134.

¹⁰³ John Locke, *Segundo Tratado...*, pp. 56 - 57.

los nobles desperdiciaban o mataban. Esto se entiende mejor si atendemos a los límites que el propio Locke atribuye al derecho de propiedad. Consciente de que al postular que el trabajo es suficiente justificación para ser dueño legítimo de algo, podría llegarse al exceso de postular que se puede ser dueño de todo, advierte que el límite de las posesiones está dado por la naturaleza: “Todo aquello que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder será aquello de lo que esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que excede lo utilizable será de otros¹⁰⁴”.

Vale la pena anotar que esta interpretación de Locke no está libre de controversias. Tal y como señala James Tully, el concepto de propiedad en Locke: fue entendido por los primeros socialistas ingleses y franceses como el fundamento filosófico clave para el socialismo moderno, el derecho de los trabajadores a lo que producían y la regulación de la posesión por necesidad. En el siglo XX las *tablas se voltearon*; Locke se convirtió en el vocero de la propiedad privada limitada y, más recientemente, de la propiedad privada ilimitada¹⁰⁵. Respecto a esto último, Jesús Rodríguez Zepeda sostiene que la idea de propiedad limitada que defiende Locke en el *Segundo Tratado*, se aplica sólo en la medida en que permanezcamos en un contexto de bienes perecederos y que, una vez que aparece el dinero (cap. 5 del *Segundo Tratado*) se ha abierto la posibilidad para la propiedad privada ilimitada¹⁰⁶.

Si bien esto indica que debemos ser prudentes a la hora de caracterizar a Locke como un defensor de la igualdad material, para nuestros fines lo que es importante es que en la teoría lockeana, la propiedad es un derecho natural previo al Estado que debe mejorar una vez que éste ha puesto el pie sobre el escenario. Una de las labores esenciales del Estado consiste precisamente en la protección de los derechos de propiedad y en dar certidumbre sobre esto, de lo contrario sería completamente absurdo constituir un poder común.

Ahora bien, la propiedad tiene además una estrecha relación con la libertad. Por un lado, solamente en un régimen libre donde el Estado no intervenga sobre la producción cobrando impuestos discrecionalmente y donde no utilice su fuerza para adueñarse de forma arbitraria de las tierras de los individuos, tendrá sentido la propiedad. De lo contrario se volvería una carga

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁰⁵ James Tully, *A discourse on property, John Locke and his adversaries*, New York, Cambridge University Press, 1980, p. x.

¹⁰⁶ Jesús Rodríguez Zepeda, “John Locke: la propiedad como derecho natural”, en *Signos, Anuario de Humanidades*, Año VI, Tomo III, 1992, pp. 141 – 143.

que nadie querría llevar, lo que desde luego sería pernicioso para el interés público. En efecto ¿quién querría hacerse de propiedades en una sociedad donde no hay certeza alguna de la estabilidad de ellas? En una situación así, la carga sobre el aseguramiento de la propiedad caería sobre el individuo, lo cual lo colocaría en un serio estado de indefensión.

Por otro lado, la propiedad es lo que garantiza la libertad de los seres humanos, solo los hombres que son propietarios podrán ser considerados como libres, pues son las propiedades las que hacen a los seres humanos dueños de su propio destino¹⁰⁷. La propiedad implica la conquista de las condiciones materiales de existencia, es en ese sentido que su protección se vuelve aún más imperiosa para un Estado de derecho. Al proteger la propiedad, se protege también la vida y la integridad. De tal suerte, la preservación del orden civil se asienta sobre el presupuesto de que el Estado es capaz de garantizar que las propiedades (vida, libertad y posesiones) no estén sujetas a ninguna clase de arbitrariedad. En ese sentido, la propiedad aparece no sólo como uno de los derechos naturales, sino como el derecho guía. De él dependen todos los demás tanto en el nivel conceptual, como en el material.

3.2 Propiedad y ciudadanía

Por su parte, Kant en su *Metafísica de las costumbres* coloca también a la propiedad en un lugar primordial. Así, su *doctrina del derecho* inicia precisamente con el derecho privado, el derecho que regula las relaciones entre los particulares, especialmente respecto a la propiedad. Esto lo hace así el filósofo alemán porque en ese derecho se presuponen relaciones de reciprocidad y de reconocimiento que son indispensables para la legitimidad del orden jurídico. El derecho privado no puede funcionar sin el consenso y la libre aceptación. En ese sentido, tal y como dice Serrano: *el derecho privado posee una prioridad en función de la validez racional*¹⁰⁸.

Con todo, Kant no postula que este derecho sea previo o independiente del derecho público en el plano empírico. De hecho, requiere la presencia del orden civil como garante de los contratos (institución fundamental del derecho privado). El reconocimiento como propietarios privados

¹⁰⁷ Este fue precisamente el fundamento para democracias o repúblicas censitarias que defendieron Locke y Kant.

¹⁰⁸ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p. 88.

solo puede darse una vez que se ha instituido el orden civil que garantice la seguridad y libertad de sus miembros. De tal suerte, que la propiedad depende también de la presencia del Estado¹⁰⁹.

Así el derecho privado nos enfrenta con otra dimensión de la validez de la legalidad: la simetría intersubjetiva implícita en la propiedad. Tal y como dice Kant:

Si yo declaro (de palabra o de hecho): quiero que algo exterior sea mío, declaro que cualquier otro está obligado a abstenerse del objeto de mi arbitrio; obligación que nadie tendría sin este acto jurídico mío. Pero en esta pretensión radica a la vez el reconocimiento de estar obligado recíprocamente con cualquier otro a una abstención pareja [...] Por lo tanto, no estoy obligado a respetar lo suyo exterior de otro, si no me garantiza también cualquier otro por su parte que se comportará con respecto a lo mío según el mismo principio; tal garantía no precisa un acto jurídico en especial, sino que está contenida ya en el concepto de una obligación jurídica exterior en virtud de la universalidad, por consiguiente, también de la reciprocidad de la obligación a partir de una regla universal.¹¹⁰

Un Estado de derecho, desde esta óptica, es el garante del mutuo reconocimiento entre personas. En ese reconocimiento se centra la igualdad ante la ley que niega la validez de todo privilegio en las relaciones interpersonales: sería irracional consentir que algunos deben obedecer la prohibición de tomar la propiedad de alguien y que otros no. Más aún, los contratos perderían su fuerza vinculante si se dieran de forma asimétrica (otorgando privilegios a una de las partes), pues la parte en desventaja carecería de obligación para cumplir la promesa hecha en el contrato. En el plano privado, la promesa (de cumplimiento de un contrato) aparece entonces como la institución social primigenia. Si ella está ausente, la legalidad nunca podrá generar vínculos duraderos.

El derecho a la propiedad nos revela entonces tres aspectos fundamentales del Estado de derecho. En primer lugar, nos revela que la propiedad es condición racional para la realización de la libertad; en segundo lugar, nos revela que el sentido del orden civil está dado precisamente por

¹⁰⁹ Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* llevo esto a una conclusión aún más radical y afirmó que el derecho privado y público no podían distinguirse con claridad: “[...] la teoría pura del derecho relativiza la contraposición, convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional, entre derecho privado y derecho público, convirtiéndola de una distinción extrasistemática – es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado-, en una distinción intrasistémica, conservándose justamente como una ciencia que no disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición; puesto que si se representa justamente la oposición entre derecho público y derecho privado como la oposición absoluta entre poder y derecho, o por lo menos, entre poder del Estado y derecho, se suscita la idea de que, en el terreno del derecho público – especialmente en el terreno políticamente muy importante del derecho constitucional y del derecho administrativo-, el principio de derecho no tendría el mismo sentido, y no tendría validez con igual intensidad que en el terreno del derecho privado, donde se encontraría, por decirlo así, el dominio propio de lo jurídico”. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1991, p. 287

¹¹⁰ Immanuel Kant, *La Metafísica...* p. 69.

la institución y preservación de la propiedad, sin ella, las expectativas de estabilizar un futuro vertidas sobre el Estado se van por tierra; en tercer lugar, nos revela que detrás de la institución de la propiedad está la posibilidad de una sociedad intersubjetiva capaz de cumplir los pactos y atenerse al orden legal.

Dos aspectos más que habría que señalar es que el derecho a la propiedad está ligado a las condiciones materiales de existencia y que de la adquisición de la propiedad se desprende el derecho a la participación política.

Lo primero nos indica que la institución de la propiedad, o el perfeccionamiento de ésta a través del Estado implica la superación de la mera posesión de los bienes materiales y, por tanto, la posibilidad de conquistar una vida estable a futuro. Según vimos al detenernos en el tema del contrato social, aún si aceptamos que existe el derecho de propiedad antes de la formación del orden civil, se trataría de un derecho inestable que no puede garantizarle a nadie trazar un plan de vida a futuro. La situación en el estado de naturaleza, por más social que pueda ser, es una situación de precariedad, el poder común y la sujeción de ese poder común al derecho permiten garantizar condiciones materiales de existencia más duraderas.

Así que el derecho de propiedad permite materializar una de las condiciones del imperio de la ley que analizamos en las primeras páginas de este trabajo: la obediencia al ordenamiento jurídico. Porque el derecho de propiedad no sólo permite edificar la vida material sobre fundamentos jurídicos, sino que consolida el ordenamiento jurídico al darle a las personas motivos para obedecerlo. Por lo demás, dado que es interés del Estado que las personas obedezcan el derecho, éste se verá obligado a garantizar la estabilidad y previsibilidad del propio ordenamiento respecto a la propiedad para consolidar la obediencia.

Respecto al segundo punto vale la pena anotar lo siguiente. Para los teóricos constitucionalistas clásicos como Locke y Kant, pero también para los republicanos modernos como James Harrington, la propiedad era la condición necesaria para la construcción de ciudadanía. Esto es, sólo en la medida en que se poseyera una propiedad lo suficientemente productiva como para asegurar la no sujeción a ninguna otra persona, podría alguien declararse como persona autónoma y reclamar derechos de participación política. Así, sólo serían ciudadanos y partícipes del consenso jurídico aquellos que pudieran garantizar no estar sujetos a ninguna clase de servidumbre externa. Un hombre que sólo poseyera su fuerza de trabajo estaría

por tanto excluido de la ciudadanía, como también lo estarían las mujeres y los niños sujetos a los lazos patriarcales tradicionales. Recordemos las palabras de Kant en *Teoría y Práctica*:

Ahora bien: aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama *ciudadano* (*citoyen*, esto es, *ciudadano del Estado*, no ciudadano de la ciudad, *bourgeois*). La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer), es ésta: que uno sea *su propio señor* (*sui juris*) y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga sólo por la *venta* de lo que es *suyo*.¹¹¹

Así, históricamente el Estado de derecho que construyen los constitucionalistas clásicos se configura como un Estado predemocrático en el que están dadas las condiciones racionales para la inclusión y la participación política de todas las personas que habitan en una nación, pero en el que se excluye a los desposeídos y a las mujeres. Es decir, si el punto de partida para la construcción del Estado de derecho es que todos los seres humanos somos libres y racionales, la conclusión lógica sería que el Estado de derecho debe funcionar en condiciones democráticas. Sin embargo, los constitucionalistas clásicos, aún dudosos del horizonte que se abría con la teoría del Estado de derecho deciden restringir los derechos políticos a aquellos que consideraban como los más aptos para defender la libertad y la racionalidad legal: los propietarios¹¹².

Una de las interrogantes que surge con esta argumentación respecto al Estado de derecho es si el Estado debería intervenir para la equilibrar las condiciones de acceso a la propiedad con la finalidad de profundizar la libertad y el consenso respecto al derecho. Esto es, resolver si la pobreza y la exclusión del mundo político debía considerarse como un dato social con el que habría que dejarlo a su propia suerte o debía considerarse como un problema social que habría que remediar en pro de la legitimidad del Estado. La conclusión general fue que el Estado debía mantenerse pasivo ante la *cuestión social*, pues la intervención en la distribución de las riquezas constituiría una intervención indebida al terreno de la libertad personal.

Según esta perspectiva, la distribución de los bienes materiales era una consecuencia de la aplicación del talento y el trabajo de cada individuo, por lo que resultaría injusto que el Estado interviniera en ese proceso de diferenciación. Autores como James Harrington y Thomas Jefferson llegaron a plantear el reparto agrario y Maximilien Robespierre, en una vía más radical, planteó la necesidad de igualar condiciones de existencia, sin embargo, habría que esperar hasta

¹¹¹ Immanuel Kant, *Teoría y Práctica...*, p. 34

¹¹² Se trata de una tesis que combatirán decididamente Karl Marx y los socialistas de los siglos XIX y XX, así como los liberales igualitarios. En la Segunda Sección de la investigación hablaremos profusamente sobre el tema.

el siglo XX para que los llamados derechos sociales irrumpieran en el terreno constitucional y se considerara deber del Estado garantizar esas condiciones materiales para la profundización de la libertad¹¹³.

Más adelante, en la Sección II, tendremos oportunidad de detenernos en esta transformación del Estado de derecho. En lo que sigue nos concentraremos en la configuración política del Estado de derecho con la finalidad de terminar de trazar el mapa de la dimensión filosófico conceptual de dicho Estado.

Capítulo 4. Poder político y dimensión conceptual del Estado de derecho

4.1 La forma del Estado: armonizar soberanía y libertad

Como hemos visto, uno de los cimientos donde descansa la crítica de Locke al absolutismo es su teoría de los derechos naturales. Si asumimos que lo que Locke está haciendo en el *Segundo Tratado* es una “historia ideal” del fundamento del gobierno civil, es significativo que los derechos aparezcan en esa historia antes que el Estado. Esto le permite a Locke explicar el Estado como el producto del consenso entre seres libres, iguales, prudentes y racionales que, con la constitución de un poder común, pretenden proteger los derechos naturales de la parcialidad humana. Así, el filósofo inglés está intentando solucionar la tensión entre el ejercicio del poder político y el ejercicio de los derechos.

Locke sabe muy bien que la defensa de los derechos supone enfrentarse al poder político y exigir su limitación respecto a ciertos espacios del individuo. La propiedad, la libertad de conciencia, la libertad de credo, la libertad de prensa, la libertad de asociación, así como la libertad de no ser aprehendido sin una orden judicial (*due process of law*) son prerrogativas que, según le ha enseñado la historia inglesa a Locke, implican un enfrentamiento entre ciudadanos y poder político. Pero lo que también le ha enseñado la historia jurídica de su patria es que el modelo de *constitución mixta* (aquello que los griegos llamaron *politeia* y los romanos *respublica*) ha funcionado como un mecanismo efectivo para mediar aquel enfrentamiento.

Brevemente, podríamos decir que el modelo de *constitución mixta*, fue el modelo predominante de mediación del poder tanto en la Antigüedad, como en la Edad Media. En

¹¹³ Ver, Gerardo Pisarello, *Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 58 – 81.

términos muy llanos, se trataba de un modelo con el que se pretendía que ninguna de las partes constitutivas de la sociedad pudiera ejercer el poder absoluto y llenar así el espacio político. Así, la realeza, la aristocracia y el pueblo deberían repartirse las funciones legislativas y de gobierno. El modo específico de repartición del poder fue distinto en las ciudades-estado helénicas, la república romana y las ciudades medievales. No hubo un modelo único en toda esa historia, sin embargo, el rasgo distintivo en todas es la presuposición de un consenso histórico sobre el ordenamiento jurídico y un espacio limitado de poder para magistraturas, senado y asambleas populares¹¹⁴.

No fueron pocos los teóricos modernos que vieron en los modelos antiguos de moderación del poder una inspiración para las teorías constitucionalistas. Locke es uno de ellos y lo que realiza es una defensa moderna de la antigua constitución inglesa con los derechos naturales como sustento teórico. Esto es, al clásico paradigma de la constitución mixta, le ha agregado la dimensión de protección de individuo, algo inimaginable para la Antigüedad o la Edad Media. El argumento principal para defender esta postura, como hemos visto ya, gira alrededor de la legitimidad del poder político. El poder político está legitimado si y solo si es capaz de ejercerse de tal forma que los derechos de los individuos se vean constreñidos lo menos posible, lo que tiene por consecuencia que la fuerza del Estado se entenderá como legítima siempre y cuando esté dirigida a la protección de las libertades de los individuos frente a las arbitrariedades.

Ahora, la teoría de los derechos naturales explica la limitación del poder político a nivel normativo, sin embargo, para el diseño del Estado aún nos deja con muchas interrogantes respecto a cómo ha de ejercerse el poder y quién ha de limitarlo. No sólo eso, sino que, en el nivel político, el problema con el que se enfrenta Locke es cómo limitar dicha estructura estatal sin que ello derive en la ausencia de autoridad. La solución a ese problema es lo que ha dado forma política al moderno Estado de derecho.

Para conseguir dicha forma, Locke tiene que armonizar el concepto de soberanía que Jean Bodin y Thomas Hobbes habían atribuido al poder común como remedio a las guerras civiles y la anarquía, con la tradición de limitación al poder público que se había desarrollado en Inglaterra al

¹¹⁴ Para una historia más detallada de esto. Ver, Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Madrid, Trotta, 2001 & Paolo Grossi, *Europa y el Derecho*, Barcelona, Crítica, 2008.

menos desde el siglo XI¹¹⁵. Como hemos dicho en las secciones anteriores, es Thomas Hobbes el adversario principal de John Locke en la búsqueda de la construcción del Estado constitucional. Para Locke, refutar el absolutismo hobbesiano será la ruta natural para afirmar un gobierno de leyes adaptado a las condiciones modernas. Con todo, es preciso notar que el concepto de soberanía introducido por Hobbes para explicar el poder estatal ya no puede eludirse.

Entonces, hay un punto de partida común entre Locke y Hobbes: ambos coinciden en que una de las funciones primordiales de la estructura estatal consiste en garantizar la seguridad y la protección de las propiedades de los individuos. Un buen poder soberano debe asegurarle condiciones a los individuos sobre los que gobierna para desarrollar su vida en paz, lo cual implica forzosamente la protección de las propiedades. El contrato social hobbesiano que da pie a la creación del Estado, solo tiene sentido precisamente porque está dirigido a esa protección. Dice el filósofo de Malmesbury en *Elementos de Derecho Natural y Político*:

En cuanto a otros beneficios, independientes de la seguridad y la suficiencia, referentes al bienestar y al deleite, como las riquezas superfluas, deben pertenecer al soberano tanto como al súbdito y al súbdito tanto como al soberano. Pues las riquezas y el tesoro del soberano constituyen el dominio que tiene sobre las riquezas de los súbditos. Por tanto, si el soberano no actúa de manera que las personas privadas puedan disponer de medios, tanto para defenderse a sí mismas, como para defender lo público, no existirá el tesoro común o soberano. Por otra parte, si no existiera un tesoro común y público en manos del poder soberano, las riquezas privadas de las personas servirían más para llevarlas a una situación de confusión y guerra que para protegerlas o mantenerlas. Es por eso que el beneficio del soberano y del súbdito deben ir siempre juntos.¹¹⁶

Hay una relación de reciprocidad entre el bienestar privado y del soberano. Según el planteamiento de Hobbes, no se trataría de pensar al soberano como una especie de *Saturno que devora a sus hijos* constantemente, sino como un poder que podría *devorarnos* si amenazamos el bien público, pero que para tener poder requiere de las riquezas y la prosperidad de los súbditos. El problema para Locke es que la moderación o limitación de ese poder en la teoría de Hobbes queda a la exclusiva voluntad del soberano, lo que por un lado atenta contra la tradición del gobierno moderado inglesa y, por otro, sirve como justificación para las pretensiones absolutistas del rey Carlos II. Ante ello, John Locke postuló derechos naturales como límites jurídicos

¹¹⁵ Es cierto que la reflexión sobre la limitación del poder político no es exclusiva de los ingleses. Si bien estos tienen en John of Salisbury y Henry Bracton a dos de los más poderosos teóricos medievales, no podemos hacer a un lado a teóricos como Tomás de Aquino y Marsilio de Padua como dos de los grandes exponentes medievales continentales sobre la limitación del poder político.

¹¹⁶ Thomas Hobbes, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Madrid, Alianza, 2005, pp. 250-251.

infranqueables para el poder soberano, pero también la división de poderes como un mecanismo racional para prevenir el abuso y ordenar el poder político.

Aunque Locke vea en el Estado una estructura deseable para mejorar la protección de derechos, éste nunca dejó de despertar suspicacias y cautela a la tradición liberal que lo siguió¹¹⁷. Hay una dimensión innegable de conflicto entre libertades y autoridad estatal que requiere de una ingeniería constitucional sólida para poder solucionarse: división del poder, sistema de pesos y contrapesos para controlar el poder, pre-estatalidad de los derechos y obligación de la protección de derechos por parte de quienes gobiernan son algunos de los engranes más importantes. El desarrollo de esa ingeniería es el núcleo que permitirá la construcción de un Estado de derecho.

Hay pues una relación tensa entre libertad y Estado, el poder estatal resulta sumamente incómodo para los individuos, pero no es posible quitar esa incomodidad sin que ello implique poner en peligro la misma libertad. Justamente por eso es importante la división de poderes, pues si la protección de los derechos es lo que le otorga legitimidad al Estado, la división de poderes es el mecanismo indispensable para asegurar que el poder político sea ejercido racionalmente.

Veamos brevemente lo que dice Locke al respecto. Esencialmente, la división del poder se explica porque el Estado tiene tres funciones preponderantes que ha de utilizar para la protección de los derechos y la preservación de la sociedad. Dichas funciones son la legislativa, la ejecutiva y la federativa. Cada una de ellas responde a una dimensión específica del poder: el legislativo está diseñado para hacer las leyes necesarias para proteger los derechos y determinar la fuerza del Estado; el ejecutivo para hacer cumplir las leyes dentro del Estado; y el federativo para hacer todo lo relativo a la seguridad exterior, las alianzas, guerras y, en general, todo lo relativo las relaciones con otros estados¹¹⁸.

El legislativo, dice Locke, estará en manos de una asamblea o varias asambleas representativas de la voluntad del pueblo y será considerado como el poder supremo. Por su parte, el poder ejecutivo y federativo estarán en manos de ministerios designados o reconocidos

¹¹⁷ Tal y como pensaba Norberto Bobbio, el liberalismo entiende el Estado como un mal necesario. Es decir, los liberales reconocen (al menos los clásicos) que dicha estructura supone por fuerza algún nivel de invasión en la esfera de la libertad de los individuos, pero que es necesaria para poder asegurar el ejercicio de las libertades. Ver Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p.22. Como complemento, valdría la pena anotar que Alan Ryan afirma que esta es una característica de teorías como las de Locke, Smith, Tocqueville e incluso Hayek, pero que definitivamente no podríamos encontrar algo así en la corriente liberal de Robert Nozick donde el Estado es visto como un *mal absolutamente innecesario (largely unnecessary evil)*. Ver, Alan Ryan, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, 2012, p. 27.

¹¹⁸ Ver, John Locke, *Segundo Tratado...*, pp. 141 - 153

por el propio legislativo para realizar sus encargos. Cabe destacar, que ejecutivo y federativo, a pesar de ser funciones distintas del poder, requieren estar encargadas en las mismas manos con el fin de evitar confusión en las tareas de seguridad y de aplicación de las leyes. Así, en el esquema del Estado de Locke tenemos un poder encargado de hacer las leyes que ha sido establecido por una comunidad política que lo legitima y un poder ejecutivo – federativo que ha sido establecido o reconocido por la asamblea.

Para Locke, estas funciones del Estado deben estar separadas con el objetivo de que ninguna pueda utilizar su poder en beneficio propio y en detrimento de los ciudadanos. Así, ni el poder legislativo puede estar encargado de ejecutar las leyes, ni el ejecutivo puede estar encargado de legislar. Por ello, el único poder que puede estar constituido de forma permanente es el ejecutivo - federativo, pues es necesario que se garantice la aplicación del derecho de forma permanente, la relación fluida con otros pueblos y la protección permanente de amenazas externas. Por el contrario, el poder legislativo, a pesar de ser el poder supremo encargado de la preservación de la comunidad, debería constituirse sólo cuando se requiere de la instauración de leyes, pero una vez que las leyes fueran dictadas el poder legislativo debería disolverse para volverse súbdito de las leyes que ha promulgado. Un poder legislativo permanente, piensa el filósofo inglés, es una carga muy pesada para un pueblo y genera la tentación de establecer leyes particulares que beneficien sólo a quienes están legislando¹¹⁹.

El poder ejecutivo se constituye como el supremo ejecutor de las leyes y por tanto, se le debe obediencia. Pero no porque en su persona o personas se deposite la soberanía absoluta, sino porque es la defensora de las leyes que se han creado por consenso a través de las asambleas, en ese sentido no actúa por su propia voluntad sino subordinada a las leyes establecidas. En ese sentido, el poder ejecutivo – federativo tiene la obligación de rendir cuentas al poder legislativo. Aún si la asamblea reconociera a un rey como el titular del poder ejecutivo y le reconociera la facultad de designar todas las magistraturas necesarias para la realización de su labor, no podría ese rey jamás colocarse por encima de las leyes y de las facultades que se han conferido.

Así, la división de poderes funciona en la teoría del filósofo inglés como un mecanismo que permite acciones de gobierno efectivas pero limitadas por el entramado legislativo. El poder ejecutivo se encuentra limitado por el derecho positivo que emane del poder legislativo, a su vez, el poder legislativo está limitado por la obligación de preservar la sociedad y el poder que le ha

¹¹⁹ *Ibíd.*, pp. 157 -160

cedido la comunidad política para la protección de sus derechos naturales. Aquel poder que ha cedido la comunidad, vale la pena recordar, podría volver a ella si los designados para ejercer el poder político abusaran de él.

4.2 La forma del Estado: republicanismo y constitucionalismo

Para Kant, tampoco fue ajena la pregunta sobre la forma o estructura que debería adquirir el Estado para cumplir con su función de garante de la libertad. En ese sentido, para el filósofo alemán, la pregunta específica sería ¿qué se requiere para que el Estado que se instituya no sea un mero Estado de leyes, sino un Estado de derecho?

Desde la perspectiva de Serrano, para Kant, el primer requisito para que el Estado de derecho funcione como garante de la libertad es que en él *la soberanía resida en la voluntad unificada de los ciudadanos, que encarna el orden jurídico* (un orden civil republicano)¹²⁰. En ese sentido el proyecto jurídico kantiano consiste en hacer compatibles la convicción republicana (de la participación ciudadana y el papel del ciudadano como colegislador) con la realidad plural de las sociedades modernas. Se enfrenta pues Kant a la visión rousseauiana del pueblo como un ente unitario y con una voluntad homogénea.

Según la teoría del contrato social de Kant, *la legitimidad de la legalidad reside en el consentimiento de los ciudadanos, lo cual exige una constitución estatal en la que el pueblo asuma el poder soberano a través del control del poder legislativo*¹²¹. Según esto, la soberanía popular solo existe si la legalidad que emana del orden civil garantiza los derechos que se condensan en los siguientes principios *a priori* que Kant enuncia en su artículo *De la relación entre teoría y práctica en el derecho político*:

- a) La *libertad* de cada miembro de la sociedad, en cuanto *hombre*.
- b) La *igualdad* de éste con cualquier otro, en cuanto *súbdito*.
- c) La *independencia* de cada miembro de una *comunidad* en cuanto *ciudadano*.¹²²

¹²⁰ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p.96

¹²¹ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p. 109.

¹²² Immanuel Kant, *Teoría y Práctica...*, p. 27.

Estos principios, advierte Kant, no pueden tomarse como leyes que dicta un Estado constituido, sino como las leyes que hacen posible el establecimiento de *un Estado en conformidad con los principios racionales puros del derecho humano externo en general*¹²³. Según Serrano, dichos principios deben entenderse como sigue¹²⁴:

- a) **libertad de cada miembro de la sociedad en tanto ser humano.** Esto es, libertad de arbitrio, capacidad de definir su proyecto de vida buena de forma autónoma. La única forma en la que puede ser compatible la libertad de cada individuo con la de otros es que todos asuman la validez de una ley universal de justicia. Se trata de una posición liberal contra el paternalismo, pero que Kant lleva a los derroteros del republicanismo al afirmar que este paternalismo lleva también a la imposibilidad de que los individuos se conviertan en ciudadanos. Kant va contra el exceso de *privatismo* moderno que lleva a los individuos a aislarse y dispersarse. Los individuos, para el filósofo alemán, solo alcanzan su libertad cuando se comportan como ciudadanos, por ejemplo, defendiendo su esfera privada. El acceso a la esfera pública por parte de los individuos es la única forma de volverlos ciudadanos partícipes del poder político. La libertad en el uso público de la razón es en ese sentido la condición necesaria para que los individuos aprendan a ser libres. La libertad de expresión se erige por supuesto como uno de los derechos más importantes en este aspecto. Todo esto nos devela que es necesario mantener una correspondencia entre los derechos del individuo y los deberes del ciudadano, esa correspondencia es lo que le da sentido al orden legal.
- b) **Igualdad de éste con cualquier otro en tanto súbdito.** Los órdenes de subordinación tradicionales para Kant carecen de validez, ningún privilegio heredado puede obligar a alguien a subordinarse a otro. Los ciudadanos solo deben subordinarse a la legalidad, dicha subordinación solo es aceptable si es compatible con la libertad. Es por ello que es indispensable un espacio público donde se den a conocer las leyes y se puedan discutir. Dicho espacio es el que permite construir un espíritu de libertad donde la obediencia a las leyes esté más allá de la amenaza de coacción. Si se pide obediencia sin garantizar la libertad, se forman sociedades secretas que pueden llegar a cuestionar la unidad del orden civil. Espacio público y libre expresión plural son las condiciones indispensables para que los ciudadanos expresen lealtad hacia el derecho. La pluralidad del pueblo se mantiene unida gracias al derecho. Pero esta igualdad es diferente a la justicia distributiva, la justicia universal, esto es, el Estado de derecho puede ser también una estructura donde prevalezca la desigualdad distributiva¹²⁵. Con todo, la ausencia de justicia universal haría

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Enrique Serrano, *Op. Cit.*, pp. 111 – 119.

¹²⁵ Parte importante de lo que analizaremos en el segundo capítulo de esta investigación va dirigido precisamente a ese postulado. Por el momento baste decir que si bien para el constitucionalismo clásico de los siglos XVII y XVIII la atención de la llamada *cuestión social* no podía ser resuelta a través de la acción estatal, a partir del siglo XIX las condiciones de precariedad y pobreza de grandes sectores sociales fueron obligando a debatir en términos constitucionales las posibilidades de garantizar condiciones materiales de existencia desde el Estado de derecho. Con todo, no fue sino hasta el siglo XX que la *cuestión social* comenzó a encontrar un cauce jurídico dentro de la estructura del Estado de derecho.

imposible el acceso a la justicia distributiva, pues sin ella se mantiene una sociedad de castas. Por otro lado, justicia distributiva sin justicia universal es el fundamento de una sociedad paternalista donde se hace complicado el ejercicio de la libertad.

- c) **Independencia de cada miembro de la comunidad, en tanto ciudadano.** Para Kant el sistema representativo es un elemento indispensable para los Estados modernos. Aún así, cada ciudadano debe mantener en sí la capacidad de ser un colegislador, al menos a través de los representantes. Al respecto, es importante recordar que para Kant es indispensable lograr cierta independencia económica¹²⁶ para poder afirmarse como un ser capaz de ser un colegislador. Para el filósofo alemán esto es así porque la independencia económica está íntimamente vinculada a la posibilidad de generar un arbitrio autónomo. Por un lado, esto tiene que ver con que la independencia económica contribuye a generar sentimientos de dignidad y felicidad y, por otro lado, con que evita diversas formas despóticas de paternalismo.

La importancia del respeto a estos principios radica en que “representan la enorme distancia que hay entre un Estado con leyes y un Estado de derecho”¹²⁷. Hay en el Estado de derecho una exigencia de reciprocidad que no cumple cualquier Estado con una legislación. No basta pues el simple respeto a la legalidad para construir un Estado de derecho, sino que ese principio debe estar asentado sobre la base de una estructura jurídica que pueda garantizar la libertad del individuo, la igualdad entre los súbditos (los gobernados en términos contemporáneos) y la independencia de los ciudadanos. Kant apuesta a dirimir la controversia entre quienes apelan a un orden jurídico trascendente que legitima el orden jurídico positivo y quienes defienden que el orden jurídico positivo sólo requiere la legitimación de la fuerza coactiva, apelando a las condiciones de reconocimiento necesarias para construir la soberanía popular.

Ahora bien, respecto de la forma que ha de tomar el Estado para garantizar las condiciones de legitimidad necesarias, Kant afirma que se debe construir como un orden civil republicano. La pregunta inicial para el diseño institucional necesario es ¿Cómo construir un Estado sin perder las exigencias de la soberanía popular y la colegislación? División de poderes; autonomía de los individuos para garantizar la salud pública (preservación de la justicia legal, distributiva y penal); y la prerrogativa de que los ciudadanos puedan definir su propia noción de bienestar y felicidad

¹²⁶ Por lo demás una tesis compartida James Harrington –también desde la perspectiva republicana. Ver, Maurizio Fioravanti, *Constitución*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pp.87-88: “La segunda ley fundamental es la electoral, que permite ordenar al vasto pueblo de individuos propietarios, de forma que se construya una república estable y moderada, en la que se tiene un Senado donde se es elector y elegible con una renta superior a las cien libras esterlina, y una Cámara en la que todos los propietarios son electores y elegibles, y de la que sólo son excluidos los asalariados, los pobres, los mendigos.”

¹²⁷ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p.111.

serán los ejes primordiales del diseño del orden civil republicano. Desde la perspectiva de Serrano, para realizar este proyecto Kant concentrará sus esfuerzos en una propuesta ilustrada en la que tanto las leyes como la soberanía se entienden como productos de largos procesos de aprendizaje. A continuación, resumo el argumento de Serrano.

El primer punto de ese orden civil es que las leyes no pueden ser producto de un legislador concreto, sino una obra de muchas generaciones que han ido perfeccionando su legalidad. Es por ello que resulta indispensable la apertura permanente a las reformas, la publicidad de las leyes, así como la libertad de expresión para la corrección de la legislación. Desde esta óptica, lo que puede dar mayor solidez al orden civil no son las conclusiones de un sabio legislador o de una voluntad colectiva revolucionaria sino las conclusiones a las que llega la racionalidad humana desarrollada en la historia. Esas conclusiones tienen la doble virtud de ser tanto universales como históricas¹²⁸.

El segundo punto a considerar es que el pueblo debe estar encarnado por representantes y que esta representación debe estar mediada por una efectiva división de poderes en la que cada uno tenga una relación específica con la legalidad. Al respecto dice Serrano:

La instancia (potestad) suprema debe ser el poder legislativo, el cual, al igual que la razón en los individuos, determina la ley, el imperativo, que debe determinar las acciones. El poder ejecutivo, como el arbitrio individual, debe establecer los medios indispensables que se requieren para poder realizar el mandato de legalidad. Por su parte, el poder judicial, de manera análoga a la facultad de juicio de los individuos, debe comprobar que en los distintos casos la acción responde efectivamente a la legalidad.¹²⁹

Desde luego, para que la división de poderes cobre fortaleza institucional es necesario que todas las autoridades estén sometidas a la legalidad. De esta suerte, los legisladores cuidaran las exigencias racionales en los procesos de creación del derecho. A su vez, el poder ejecutivo tendrá la obligación de subordinar sus decretos a la ley para que tengan legitimidad racional y así evitar la arbitrariedad. El ejecutivo tendrá la facultad de decidir en situaciones de emergencia, pero es su obligación que esto no se convierta en la regularidad. Finalmente, el judicial, al estar

¹²⁸ Vale la pena recordar que David Hume había hecho ya una propuesta parecida en su teoría de la justicia. Para el filósofo escocés la justicia, a pesar de ser un producto convencional e histórico, no podía entenderse como arbitrario. Por el contrario la justicia en la teoría de Hume, es vista como una consecuencia lógica de la proyección de la naturaleza humana en la historia. *Cfr.* David Hume, *Investigación sobre los principios de la moral*, ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 305 – 327.

¹²⁹ Enrique Serrano, *La insociable sociabilidad...*, p. 124

encargado mantener la jerarquía y coherencia del orden legal, se encuentra igualmente constreñido por él.

Aquí es importante destacar que frente a la teoría de Locke de la división de poderes que pareciera distinguir únicamente entre un poder legislativo y uno ejecutivo, Kant ha introducido un poder judicial que no sólo estará encargado de aplicar las leyes que emanan del poder legislativo, sino de asegurar la racionalidad interna del orden jurídico. Esta posición es importante porque, como vimos al inicio de este capítulo, el imperio de la ley depende de la coherencia del ordenamiento jurídico.

El tercer punto consiste en situar a la soberanía popular como un producto de un largo proceso de ilustración. Este se da en un espacio social de libertad en el que se escenifican los conflictos sociales con la exposición de los argumentos de cada una de las partes. En ese sentido la soberanía no sería el atributo natural de un supuesto pueblo homogéneo con una voluntad uniforme, sino el producto de la confrontación racional plural. Así las leyes que emanan de la soberanía no son legítimas por haber logrado un consenso mayoritario sino por construirse a través de un consenso racional.

Así, si seguimos el argumento de Serrano, lo que agregaría Kant a la forma del Estado frente a la idea de Locke es el protagonismo de la ciudadanía en la conformación del ordenamiento jurídico. Lo interesante del argumento es que la ciudadanía se presenta como una figura colectiva libre y racional que se despliega en el tiempo. Esto es, la ciudadanía se conforma en un proceso de ilustración y, a su vez, dicho proceso es la condición de posibilidad para establecer un ordenamiento jurídico consensuado basado en la razón que garantice la libertad. Así, lo que da fortaleza al ordenamiento jurídico no es solamente su carácter racional, sino el hecho de que ese carácter se ha forjado después de un largo proceso de aprendizaje colectivo que potenciaría las posibilidades de obediencia al derecho.

En resumen, si tomamos las posiciones de Locke, Kant y Serrano que hemos utilizado hasta aquí para describir la forma institucional que tomaría el Estado de derecho, lo que tenemos es:

- 1) Un Estado en el que el poder soberano recae en el poder legislativo, mismo que se ejerce por un Parlamento representativo obligado a dictar leyes racionales que protejan los derechos de los individuos y permitan preservar la comunidad. Esto es, se reconoce al consenso jurídico como fundamento del poder estatal y, a la vez, se coloca al consenso jurídico como el factor de unión para un pueblo.
- 2) Un Estado en el que el poder de hacer las leyes no puede estar confundido con el poder de aplicarlas, con el poder de mantener la seguridad interna de un Estado, ni con el

poder de dar coherencia al ordenamiento jurídico. Es decir, es un Estado en el que el poder se encuentra mediado por una división funcional que permite dar fluidez a la acción gubernamental sin que ello implique dar un cheque en blanco para la arbitrariedad.

- 3) Un Estado en el que los poderes están completamente sujetos al orden legal tanto en el ámbito normativo como en el político. Por un lado, los poderes están obligados a ceñirse a la legalidad para mantener su legitimidad; por otro lado, los poderes tienen contrapesos políticos que les impiden actuar sin mediación. Así, mientras el legislativo se encuentra limitado por el poder popular que lo instituye, el poder ejecutivo está sujeto a las leyes y facultades que le otorgue el propio legislativo.

4.3 Anotaciones finales: Estado de derecho y democracia

Parte importante de lo que hemos intentado mostrar hasta el momento es que el Estado de derecho se sostiene sobre un andamiaje conceptual y filosófico en el que se observa la intención moderna de superar las justificaciones tradicionales del poder (costumbres, Iglesia, divinidad, etc.) para fundar un orden político – jurídico justificado en la razón, capaz de proteger el marco de acción de los individuos y de preservar las condiciones necesarias para edificar sociedades ilustradas.

Muchas veces a esta aproximación conceptual al Estado de derecho se le ha llamado “dimensión formal” del Estado de derecho o, formalismo liberal. Durante el desarrollo del capítulo hemos evitado utilizar ese tipo de categorías porque normalmente ellas se usan para distinguir un modelo de Estado de derecho que cumple sólo de manera formal con el proyecto emancipatorio de la Ilustración, de un modelo “sustantivo” que supuestamente cumpliría materialmente con las expectativas de libertad ínsitas en el proyecto de Estado de derecho.

Nos parece que esa distinción resulta equívoca porque trata a las condiciones formales y a los conceptos filosóficos que están detrás del Estado de derecho como si no fueran sustantivos. Es decir, caracteriza esos conceptos como si fueran sustituibles por alguna clase de programa de justicia más prometedor o por un modelo de Estado de derecho más capaz de materializar la libertad. Creemos que esto obstaculiza las posibilidades de una revisión crítica del Estado de derecho y somete al concepto a una disputa político ideológica en la que se tendría que elegir o estar del lado de los “formalistas” o del lado de los “sustantivistas”.

Desde nuestra perspectiva, el andamiaje conceptual del Estado de derecho, lo que hemos llamado “dimensión filosófico conceptual”, sienta las bases para poder crear condiciones

institucionales que permitan pensar una vida social y política a largo plazo. Es decir que ningún programa de justicia social, derechos humanos o de inclusión social podría materializarse si la dimensión filosófico conceptual no está bien asentada. Claro está que es criticable la posición de los constitucionalistas clásicos de condicionar la ciudadanía a la adquisición de un cierto tipo de propiedad, también está claro que el paradigma liberal clásico del Estado de derecho no puede dar cuenta de todas las expectativas de libertad generadas en la modernidad, pero la posibilidad de hacer estas críticas no debería llevarnos a la conclusión de que la aproximación conceptual al Estado de derecho no es sustantiva o es desechable.

Es por ello que hemos propuesto hacer un análisis del Estado de derecho en “dimensiones” lo que nos permitiría comprenderlo como un modelo complejo en el que se han ido incluyendo progresivamente diferentes agendas políticas y sociales pero que, con todo, se sostiene sobre una base conceptual que es irrenunciable. La dimensión conceptual nos permite aproximarnos a la dimensión democrático igualitaria y a la dimensión político participativa, sin los prejuicios típicos que indicarían que las aspiraciones de justicia social y democratización que fueron incluyéndose en el marco conceptual del Estado de derecho se consideren como más importantes que las condiciones racionales que permitirían reducir la arbitrariedad estatal.

SECCIÓN II: LA DIMENSIÓN DEMOCRÁTICO IGUALITARIA DEL ESTADO DE DERECHO

Capítulo 5. Igualdad y Estado

5.1 El sentido igualitario de la legalidad moderna

La igualdad ante la ley es una característica fundamental del Estado moderno, cuyo objetivo es favorecer la construcción de sociedades en las que se pretende eliminar los privilegios y las jerarquías feudales tradicionales. A la vez, dicha igualdad es uno de los elementos primordiales del Estado de derecho, con ella se pretende garantizar la imparcialidad de los poderes estatales, así como cierta base para la no discriminación.

El derrumbe del orden feudal anticipa la dimensión igualitaria del Estado de derecho, sin embargo, éste último no es una consecuencia obligatoria del primero. Es decir, la construcción del Estado moderno es condición necesaria pero no suficiente para la creación de un Estado de derecho. Pueden romperse las jerarquías tradicionales sin que aparezca el horizonte de racionalidad contenido en el modelo de Estado de derecho. En ese sentido, es importante trazar

una línea divisoria clara entre la prerrogativa de igualdad ante la ley que en general caracteriza al Estado moderno y aquella que es característica del Estado de derecho. Es decir, distinguir la noción general de legalidad que emana de la modernidad jurídica, de la noción específica de legalidad que emana del Estado de derecho. Pues, aunque el Estado como forma de legitimación política y jurídica, es el fundamento para el Estado de derecho, este último apunta a una expectativa de igualdad que no es completamente asimilable a la del derrumbe del orden feudal. Para empezar a trazar dicha distinción tomemos como punto de partida la posición de Jürgen Habermas.

El Estado como espacio de legitimación del derecho, decíamos, es un fenómeno moderno. Desde la perspectiva de Habermas, eso supone una vinculación entre dominación política y derecho que sólo sucede cuando las sociedades han dejado de construirse a través de lazos de parentesco¹³⁰. Pero la ruptura con el orden tradicional -como ya anticipábamos- no es suficiente para legitimar en términos normativos ni el poder del Estado ni el derecho que emana de él. Sólo si se admite que aquella ruptura implica un compromiso racional y progresivo con la igualdad puede legitimarse el Estado, de lo contrario, sólo se trataría de un orden de dominación distinto al feudal, pero imposible de asentar como parte del proyecto universalista de la modernidad. En ese sentido, si, tal y como piensa Habermas, el Estado no garantiza que el *mutuo reconocimiento de derechos* sea algo más que un *suceso metafórico*¹³¹; si no garantiza un mínimo espacio de libertad e igualdad universal y recíproco entre los ciudadanos, carecería entonces de legitimación normativa.

Para comprender mejor esta idea, según Habermas, es importante no perder de vista el hecho de que el Estado moderno no sólo es espacio de legitimación jurídica, sino que también es un orden de dominación artificial. Esto es, un orden político donde un poder soberano, construido voluntariamente por una comunidad política, está autorizado para dictar y aplicar el derecho con la finalidad de protegerla. Así, la modernidad jurídica implica una transformación de los

¹³⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 204. Se trata de una idea problemática, pues caracteriza como derecho sólo a aquellas producciones legales post feudales y no comunitarias. En alguna medida, la posición de Habermas nos llevaría a afirmar que el entramado jurídico medieval (derecho canónico, derecho de gentes, derecho mercantil, derecho feudal, etc.) es una manifestación primitiva del derecho. Esto tiene consecuencias delicadas no sólo desde una perspectiva histórica, sino también desde una perspectiva comunitaria post colonial. La afirmación de Habermas nos sitúa en un espacio donde habríamos de considerar como derecho solo aquellos ordenamientos jurídicos de la modernidad europea que consolidaron el individualismo liberal y entender como pre jurídicos (en el mejor de los casos) todos aquellos ordenamientos que busquen legalizar los lazos de parentesco o comunitarios.

¹³¹ *Ibid.*, p.199

mecanismos de definición del derecho, los cuales dependen de la creación de un poder soberano (inusitado para la historia de occidente) al que se confía la ordenación normativa de la sociedad.

Este esquema, interpretado en clave absolutista, implicaría que el poder soberano puede definir el derecho sin ningún otro obstáculo que el de la racionalidad intrínseca al derecho moderno o la moral que caractericen al representante particular del poder soberano. El mismo esquema, interpretado en clave constitucional, implicaría que el poder soberano puede definir el derecho, pero respetando las limitaciones pertinentes para disminuir la arbitrariedad del poder y garantizar la libertad e igualdad recíproca entre los ciudadanos (división de poderes y derechos individuales). La primera es una lógica de efectividad del poder, mientras la segunda es una lógica de legitimación normativa del poder.

De tal suerte, piensa Habermas, la sociedad moderna habrá de desarrollarse dentro de un horizonte institucional en el que subyace una tensión entre la pretendida racionalidad del derecho y la necesidad de un poder soberano. La tensión se explica por las diferentes expectativas de racionalidad jurídica. Los esquemas absolutistas apelan a una racionalidad de tipo efectivista, es decir, a un orden jurídico que permita que el poder pueda ejercerse de tal forma que la seguridad y el orden social estén garantizados. Por su parte, los esquemas constitucionales apelan a una racionalidad de tipo normativa, en la cual el orden jurídico no puede conformarse solamente con facilitar la efectividad del poder, sino que debe garantizar que los individuos gocen de protección frente a las arbitrariedades del poder público o de los particulares. La cuestión es que la lógica absolutista se verá siempre confrontada con las expectativas normativas de la modernidad, las expectativas de garantía de derechos; por su parte, la lógica constitucionalista se verá siempre confrontada con un poder soberano al que se quiere limitar, pero que es necesario para hacer efectiva la protección de derechos.

Habermas admite que el Estado moderno es, en sí mismo, un modelo de dominación legal – racional que permite superar toda justificación natural o metafísica del poder. El poder no está legitimado por ninguna entidad extrínseca a la comunidad política, la racionalidad de los seres humanos es la que define las condiciones del ejercicio del poder. Desde esa racionalidad no pueden justificarse jerarquías tradicionales o, supuestamente naturales y eternas. Su configuración es intrínsecamente racional y, el derecho que de él emane responde a ella. Según el filósofo alemán, el Estado moderno supone la unión de una sociedad jurídicamente organizada. Siendo esto así, el Estado encontraría su primer punto de legitimación en el siguiente hecho: sin

él, resulta imposible imponer los derechos a través de la administración de justicia, sin el poder soberano los derechos quedan abandonados a la suerte de la buena voluntad, es decir que dependerían del desarrollo de las virtudes individuales o incluso de creencias religiosas como los castigos *post-mortem*. Tal y como argumenta en *Facticidad y Validez*:

En una palabra, es necesario el Estado como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia, y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que han de implementarse.¹³²

Es decir, que la propia legalidad que emana del Estado está justificada racionalmente en tanto que asegura la coordinación social sin la necesidad de apelar a ningún orden trascendente. Esto implica haber construido un espacio institucional donde las libertades podrían desarrollarse sin los obstáculos que supondrían las justificaciones metafísicas o religioso morales de la dominación política, o sea, de justificaciones que muchas veces llevan consigo una diferenciación jerárquica -pretendidamente natural- en la que elementos como el origen étnico, la confesión religiosa o el oficio desempeñado por una persona juegan un papel determinante en la construcción de lo social.

Así, el surgimiento de un modelo estatal secularizado lleva consigo normas jurídicas cuyas características apuntan a modelar un orden legal-racional que legitime el poder soberano del Estado y borre todo tipo de diferenciación social asentada sobre la creencia de *órdenes naturales* superiores a la propia sociedad. Es decir que el modelo moderno de legalidad lleva ya, dentro de sí, un ingrediente preminentemente igualitario. Lo cual es observable en las características de las normas del Estado moderno:

- 3) *Normas inteligibles, precisas, no-contradictorias y escritas*. Cualquier carencia en este sentido implicaría abandonar las normas a criterios subjetivos. Si el derecho en los Estados modernos ha de consolidarse como el sistema de coordinación de acciones por excelencia, lo primero que requiere son normas con coherencia lógica. Ningún poder estatal por absoluto que fuera podría desenvolverse de forma adecuada si dictara normas con un sentido ambiguo o si dejara de atender la coherencia interna del ordenamiento jurídico.
- 4) *Públicas*. Esto se explica por oposición, si las normas fueran sólo del conocimiento de grupos privados, el derecho no podría aspirar a convertirse en un sistema de coordinación

¹³² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 201

social eficiente y estaría cediendo preeminencia a otros órdenes normativos como la moral o la política¹³³. En sociedades modernas, donde conviven diversos esquemas de valores, la publicidad de las normas funciona como un elemento inequívoco para evidenciar cuál es el patrón de acción que debe ser predominante. Por lo demás, esta característica – al conjuntarse con los principios de inteligibilidad y precisión- pretende impedir que la interpretación de la ley sea capturada por estamentos privilegiados. Que todos podamos conocer la ley supone que nadie debería poder tergiversarla para favorecer los intereses de su propio grupo.

- 5) *No retroactivas*. Esto es un parámetro de mínima racionalidad jurídica que apunta a la reducción de la arbitrariedad. Si quien define el derecho pudiera establecer normas para sancionar a alguien por una conducta que antes no estaba sancionada, el derecho se convertiría en un instrumento idóneo para favorecer los intereses particulares de quien ejerza el poder político. Esto obstaculizaría las pretensiones de racionalidad jurídica del Estado moderno y permitiría construir diferencias insalvables entre los ciudadanos.
- 6) *Reglas generales aplicadas de forma igualitaria*. Parte importante de la génesis del Estado moderno se explica por las dificultades de los órdenes jurídicos diferenciados que prevalecieron en la Edad Media. Los distintos tipos y niveles de derechos que poseían los gremios, corporaciones y territorios medievales hacían imposible la configuración de un ordenamiento jurídico que pudiera articular una nación. Así, la norma general aparece como un elemento indispensable para coordinar sociedades que buscan romper con las organizaciones jurídicas gremiales y los privilegios estamentales para pasar a organizaciones jurídicas más igualitarias donde sea el individuo el personaje protagónico.

Según Habermas, a pesar de que éstos horizontes racionales e igualitarios están presentes en la génesis del Estado moderno, éste sólo puede desarrollar su verdadero potencial racional cuando se ha constituido como un *Estado de derecho*; esto es, sólo cuando el poder estatal se erige con el objetivo de consolidar el *mutuo reconocimiento de derechos*; vale decir, solo cuando el Estado se construye como un espacio no arbitrario de garantía para la libertad y la igualdad, sólo entonces ha alcanzado el Estado un nivel de legitimación que pueda competir con el de un orden trascendente.

Se trata del espacio donde la relación entre poder y derecho se intenta resolver reconociendo iguales derechos para todos los ciudadanos, y ahí donde el poder estatal de sanción, organización y ejecución responde a la prerrogativa racional del *mutuo reconocimiento de derechos*. Justo ahí -

¹³³ Históricamente un caso paradigmático de leyes privadas que debían obedecer todos los ciudadanos son los criterios interpretativos de los sacerdotes patricios romanos sobre la ley. De hecho, la obscuridad y hermetismo con el que resguardaban esos criterios, junto con el sesgo hacia el estamento de los patricios que le iba aparejado, provocó la primera gran revuelta de plebeyos. Significativamente, esa revuelta fue el pretexto para la redacción de una ley con ciertos atisbos igualitarios: la llamada Ley de las XII Tablas.

piensa Habermas- se ha logrado construir un modelo jurídico político donde el ejercicio del poder (expresado en el derecho positivo) puede considerarse legitimado. Dicho de otro modo: una de las aportaciones más importantes del Estado de derecho -entendido como orden de dominación legítimo- es la conclusión de que se requiere algo más que establecer un ordenamiento jurídico coherente, público, general y no retroactivo para que la dominación política sea legítima.

Así, el Estado de derecho nos enfrenta a la necesidad de comprender que solo un derecho que garantice cierto espacio de igualdad y libertad puede a su vez justificar el tipo de dominación política ejercida por el Estado. Para ilustrar esto, el filósofo alemán nos recuerda que en los orígenes del Estado moderno, la racionalidad del ordenamiento jurídico pudo utilizarse para justificar nuevos órdenes de privilegios, más que para construir sociedades igualitarias:

En la Europa de los siglos XVII y XVIII, cuando la positivización del derecho estaba ya en plena marcha, los teóricos del Derecho natural racional se vieron confrontados con el tipo de dominación que Max Weber describió como “dominación legal”. *En esta situación la idea de Estado de derecho tenía por parte de esos teóricos el sentido crítico de poner al descubierto la contradicción que llevaban en su seno los propios órdenes jurídicos establecidos: las formas de la dominación legal pueden ocultar prerrogativas normativamente injustificadas, concedidas a intereses por el solo hecho de ser los más capaces de imponerse.*¹³⁴

5.2 La igualdad ante la ley en el Estado de derecho

Al hilo de la problemática que expone Habermas, vale la pena recordar las reflexiones de Carlos Nino al respecto. Al abordar el tema, el jurista argentino nos recuerda que la igualdad ante la ley, en sí misma, no implica llevar a cabo el objetivo de racionalidad del Estado de derecho. Esto, porque las características de no retroactividad, claridad, estabilidad, generalidad y aplicabilidad pueden ser perfectamente compatibles con la construcción de un Estado despótico. Las leyes del régimen Nazi, según Nino, eran en algún sentido compatibles con este esquema, lo que nos indicaría que el Estado de derecho requiere de otros componentes para poder construirse en clave

¹³⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 212. El subrayado es mío.

igualitaria. En palabras del propio Nino “la idea de Estado de derecho representa un ideal condicional y esto puede estar ligado con una enorme injusticia del sistema en general”¹³⁵.

Para intentar resolver el dilema y colocar al Estado de derecho en su justa proporción, Nino propone aproximarnos al enunciado “todos los hombres son iguales ante la ley” desde una perspectiva normativa y de derechos. Es decir, desde una perspectiva que, contra interpretaciones descriptivas que presentan el principio de igualdad ante la ley como una regla formal o metodológica, pueda colocar el enunciado como un *principio de conducta*. Así las cosas, el enunciado “todos son iguales ante la ley” significaría que “todas las personas deben ser tratadas de la misma manera”. En este sentido, la igualdad ante la ley debería entenderse como una obligación positiva.

El primer obstáculo que se nos presenta al intentar darle sentido al principio de igualdad ante la ley es interpretativo, pues el enunciado resultaría inaceptable si se le tomara literalmente:

Nadie está dispuesto a aceptar que todos los hombres sean tratados exactamente de la misma manera: por ejemplo, los chicos igual que los grandes, los ciegos igual que los videntes, etc. Todos tendemos a admitir que hay diferencias relevantes. Por ejemplo, se acepta que está moralmente permitido ofrecerle a un ciego ciertas ventajas que uno no estaría dispuesto a darle al vidente.¹³⁶

En ese sentido, desde una perspectiva igualitaria, la mejor forma de aproximarse al enunciado sería interpretándolo en el sentido de que todas las personas deberían ser tratadas como iguales y no que serían tratadas de igual forma. Tratar a todos como iguales -con igual consideración y respeto diría Ronald Dworkin- supondría por ejemplo que a una persona que padece una enfermedad se le pueden otorgar ciertas ventajas frente a una persona sana. La igualdad, jurídicamente hablando, no puede entenderse en el mismo sentido que se hace en una operación aritmética. Si se opera la igualdad como si fuera una fórmula incontrovertible, se logrará todo menos la propia igualdad. Ni los seres humanos, ni sus acciones son reductibles a entidades numéricas simples que podrían relacionarse como lo hacen las cantidades expresadas en una operación aritmética. Por el contrario, los seres humanos y sus acciones son entidades que

¹³⁵ Carlos Nino, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Siglo XXI, Argentina, 2013, p. 76. En parte se trata de la misma idea que expresa Joseph Raz respecto al imperio de la ley que expusimos en el capítulo anterior. Ambos pensadores parecen reconocer que las características del Estado de derecho, a pesar de ser indispensables para la construcción de una sociedad justa, bien pueden ser utilizadas para la justificación de regímenes despóticos. Estas posturas, que revelan cierta precaución respecto a las expectativas que se colocan en el Estado de derecho, explicitan de forma clara la necesidad de fortalecer las diversas dimensiones que atraviesan el Estado de derecho contemporáneo: derechos sociales, participación democrática, cultura jurídica, etc.

¹³⁶ Carlos Nino, *Op. Cit.*, p. 84

requieren de ponderaciones complejas para poder accionar ideales como el de la igualdad jurídica. Al respecto agrega Nino:

Se trata entonces de distribuir un bien tan genérico que admite especificaciones diferentes según las situaciones de cada uno. La idea general entonces es tratar a todos los hombres como iguales, y pensar que esto implica distribuir de manera igualitaria bienes genéricos como la consideración y el respeto.¹³⁷

Según esto, toda persona tendría que tener garantizada -en términos de igualdad- la libertad de elegir sus planes de vida sin ser discriminada por las propiedades involuntarias que constituyen su personalidad (color de piel, género, pertenencia étnica, etc.); el derecho a ser tratada según sus opiniones y decisiones; y la seguridad de que nunca será sacrificada su personalidad en aras del beneficio de otra persona. Desde la perspectiva de Nino, de ello se derivan una serie de prescripciones igualitarias: la proscripción de discriminaciones fundadas en las dimensiones involuntarias de las personas y derechos individuales que no pueden ser “suprimidos en función de los intereses de otros individuos o del conjunto social”¹³⁸. El principio de igualdad ante la ley implicaría pues que no pueden existir privilegios sociales de ningún tipo que estén cimentados en la personalidad, así como la protección de los individuos frente a mayorías políticas o poderes fácticos.

Así, la noción de igualdad ante la ley se desarrolla en un espacio que *condiciona moralmente al Estado*. Según Nino, el Estado estaría obligado a garantizar la *inviolabilidad, la autonomía y la dignidad de la persona*. Si la igualdad ante la ley no atiende o viola alguna de estas dimensiones de la persona, se ha roto el ideal liberal intrínseco al Estado de derecho: construir un marco normativo que garantice que ningún individuo verá violentada su dimensión personal por conductas arbitrarias del Estado o los particulares.

Nino nos advierte de que es importante subrayar que el Estado de derecho debe proteger igualmente la autonomía, la inviolabilidad y la dignidad de la persona. Esto impone obligaciones positivas al Estado. Desde cierto *liberalismo conservador*, piensa Nino, se ha defendido que la protección de la autonomía es la única obligación del Estado frente a las personas. Según esto, el Estado tendría que limitarse a generar las condiciones necesarias para que los individuos pudieran determinar sus planes de vida, pero absteniéndose de intervenir si en el desarrollo de la interacción social eso significara el sacrificio de la dignidad de un grupo de personas

¹³⁷ Carlos Nino, *Op. Cit.*, p. 85

¹³⁸ Carlos Nino, *Op. Cit.*, p. 88

determinadas en favor de otras. En ese sentido, el Estado no podría establecer obligaciones positivas para los individuos pues ello implicaría cierta reducción de su autonomía.

La objeción de Nino a este planteamiento se centra en que, si suponemos que los individuos tienen derecho *a los bienes necesarios para realizar su autonomía*, entonces sería necesario preguntarnos si esos derechos sólo se violan mediante acciones positivas. Esto es, cuestionar si, por ejemplo, el derecho a la vida se viola sólo a través de una agresión física directa o si ese derecho también es violado si a alguien se le niegan los medios básicos para la subsistencia o para preservar su bienestar físico.

Con todo, se antoja complicada la ingeniería institucional que se requeriría para darle una debida protección a cada dimensión de la igualdad ante la ley. Nino nos recuerda que, si asumimos como válida la pretensión de maximizar la autonomía, tendríamos que admitir que no se puede obligar a nadie a otorgarle a otro los medios para subsistir o para preservar su salud. Pues al hacerlo estaríamos disminuyendo las posibilidades de realización de su autonomía y las de la mayoría: “Porque los deberes positivos, los deberes de hacer cosas, restringen más la libertad de las personas que los deberes negativos, los de no hacer nada. Es una cuestión, en última instancia, de economía de tiempo: cuando a uno le exigen hacer algo, deja de hacer muchas otras cosas”¹³⁹. Sin embargo, al quedarnos en ese terreno, habremos olvidado el principio de la inviolabilidad de la persona, justificando el sacrificio de algunas personas por la obtención de una *maximización global de la autonomía*. Así, una interpretación igualitaria de la autonomía requeriría una restricción que impidiera que, en aras de la *maximización*, se colocara a otros individuos en una situación de menor autonomía.

Con esto hemos entrado de lleno al polémico terreno de la intervención del Estado para la garantía de igual libertad. Se trata de una polémica que ha enfrentado a los llamados *liberales de izquierda* (Rawls, Dworkin, etc.) contra los *liberales de derecha* (Nozick, Hayek, etc.), pero que también ha sido motivo de reflexión para socialistas democráticos (G.A. Cohen, Elías Díaz, etc.). En alguna medida, la polémica se centra en determinar qué clase de intervención estatal es moral y jurídicamente aceptable, lo que obliga a los autores a establecer estándares de acción para el Estado que resultan incompatibles. Mientras los llamados *liberales de derecha* tienden a pensar que la intervención estatal para garantizar no sólo autonomía, sino inviolabilidad y dignidad de

¹³⁹ Carlos Nino, *Ocho lecciones...*, p. 88

las personas erosiona el Estado de derecho, los *liberales de izquierda* tienden a defender que ningún Estado de derecho puede hacer frente a la expectativa de racionalidad puesta en él sin intervenir en las relaciones sociales para equilibrar las posibilidades de autodeterminación de las personas. A su vez, los socialistas democráticos suelen ir más allá del horizonte trazado por la izquierda liberal y exigen que el Estado intervenga para igualar las posibilidades de autodeterminación y para generar mecanismos de cooperación social que impidan relaciones asimétricas de dominación.

Capítulo 6. Intervención estatal e igualdad material en el Estado de derecho

6.1 John Rawls: la justicia social como imperativo racional

Los límites a los espectros de acción del Estado dentro de la lógica constitucionalista son objeto de largas polémicas y frecuentes puntos de desencuentro, no pretendo aquí hacer una reconstrucción exhaustiva de esta discusión. En cambio, presentaré algunas de las polémicas que se han dado alrededor de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, pues justo en esas polémicas puede sintetizarse parte importante del problema que implica la acción estatal y la protección de los derechos de los individuos, cuestión fundamental para la lógica igualitaria del Estado de derecho.

Parte de lo que inspira el famoso tratado de Rawls es el rechazo a teorías ético-jurídicas intuicionistas y utilitaristas. En primer lugar, el rechazo rawlsiano al intuicionismo implica combatir el escepticismo moral que deriva de él: la idea de que existe una amplia diversidad de principios éticos, de entre los cuales no es posible elegir con métodos objetivos, sino que sólo puede tomarse una decisión sobre ellos a través de *intuiciones que forman un consenso*. En segundo lugar, la crítica contra el utilitarismo se centra en la idea de la *maximización de la felicidad general*. Rawls valora del utilitarismo la inexistencia de prejuicios sobre deseos y preferencias de los individuos para tomar una decisión de orden ético o jurídico, pero combate la idea de equiparar el bienestar de la mayoría con el bienestar general. Según esto, ni los valores ni las leyes que ordenan a una sociedad podrían referirse a lo que haya intuido o defendido una mayoría, pues ello podría derivar en el sacrificio de la autonomía de las personas para el bienestar general. El cálculo de bienestar de acuerdo a las mayorías bien puede ser compatible con

inclinaciones discriminatorias y puede pasar de largo la crítica sobre el origen de nuestras preferencias asumiéndolas como buenas y defendibles en sí mismas.

Para combatir ambas posturas, Rawls construye un esquema con el cual pretende reafirmar el valor de la autonomía y las decisiones individuales de todas las personas. Dicho esquema se construye con la pretensión de fundamentar una sociedad igualitaria donde el Estado no determine la vida de los individuos, pero donde tampoco los abandone a su suerte sin ningún tipo de protección frente a los poderes fácticos de la sociedad.

El esquema de Rawls presenta una situación contractual hipotética desde la cual se pretende construir la estructura básica de la sociedad y determinar los principios de justicia que habrían de regularla. Aquella situación consiste predominantemente en lo siguiente: todos quienes hemos de constituir la sociedad nos encontramos ante la necesidad de establecer los principios de justicia que guiarán nuestra sociedad, para ello discutiremos desde la racionalidad y el autointerés cuáles deben ser esos principios, esto es a lo que Rawls llama *posición original*; adicionalmente, todos quienes participamos en dicha discusión ignoramos cuál será nuestra posición en la sociedad una vez que terminemos la discusión, el reparto de bienes sociales y naturales nos es desconocido, Rawls llama a esto *velo de la ignorancia*. De esta situación debería derivar, según su perspectiva, una serie de principios de justicia que permitirían la cimentación de una sociedad igualitaria.

Antes de explicar cuáles son esos principios de justicia, quisiera detenerme un momento en los valores que Rawls está defendiendo con este esquema. Fundamentalmente, lo que nos presenta el filósofo estadounidense es una defensa de la autonomía individual que presupone, por un lado, la autoridad inherente a todos los individuos para poder construir el orden social y, por otro, la igualdad moral de los participantes. La idea de Rawls es que nadie se encuentra inherentemente subordinado y que, por tanto, todas las personas deberían poder participar y consensuar los principios de justicia que guiarán la sociedad. Así, la propuesta de Rawls indica una vinculación fuerte entre el principio de autonomía y el de democracia, desde ahí se elabora la dimensión igualitaria del Estado de derecho. Esto es importante de subrayar porque nos permite pensar la llamada “cuestión social” desde un marco normativo y democrático en el que *igualar condiciones materiales de existencia* se entiende como un imperativo racional para el Estado de derecho, lo que impediría pretender que la justicia social debiera obtenerse a través de la caridad de los particulares o con distribuciones estatales no reguladas. Es decir, que lo que Rawls plantea muy bien es que, para que la justicia social pueda ser atendida desde la lógica de los derechos -y,

en ese sentido pueda garantizarse a largo plazo- tiene que sostenerse sobre principios racionales que no puedan ser fácilmente desechables por las voluntades políticas.

De un escenario como el planteado por Rawls derivarían dos principios: un derecho igual al esquema más extenso de libertades posible; y una restricción a la desigualdad que indicaría que esta sólo estaría justificada si de ella derivara un mayor beneficio social sin impedir el acceso a puestos relevantes dentro del orden social. Según esto, todos los perjuicios o beneficios que cualquier persona pudiera obtener de la cooperación de la sociedad deberían estar estrictamente ligados al ejercicio de su voluntad. La igualdad en este sentido no implicaría identidad de oportunidades, sino que ninguna persona pudiera estar situada por debajo de un mínimo espacio de dignidad en el cual pueda diseñar libremente sus planes de vida.

Adicionalmente, Rawls advierte que su esquema es sólo aplicable si se cumplen las condiciones empíricas que David Hume establece para la constitución de sociedades justas: escasez limitada de recursos y mecanismos de cooperación (benevolencia) limitada entre los seres humanos. Según esto, ni las utopías socialistas de absoluta cooperación y distribución de bienes, ni las descripciones pesimistas de inspiración hobbesiana en las que los seres humanos se encuentran con recursos extremadamente limitados y en perpetua lucha por su obtención, son escenarios donde la justicia pueda existir. Así, el terreno de la igualdad se configura para Rawls como un principio para sociedades liberales democráticas con cierta estabilidad económica y política. En términos de Hume, esto significaría, por un lado, que si las utopías socialistas pudieran materializarse, la justicia sería innecesaria; por otro lado, supondría que si el estado de guerra fuera nuestra realidad social permanente, entonces la justicia sería imposible.

La postura de Rawls que hemos descrito aquí ha recibido una amplia gama de críticas que es importante sopesar para poder situar la cuestión de la acción positiva del Estado para sostener los principios de igualdad. Está fuera del alcance de esta investigación hacer una reconstrucción exhaustiva de las críticas a la *Teoría de la Justicia*. Tratándose de un texto que reavivó de forma intensa el debate sobre filosofía política en el último tercio del siglo XX se entenderá que aquello implicaría una tarea titánica. Con todo, hay un eje distinguido por Roberto Gargarella que se antoja productivo. Según el filósofo argentino, la crítica a Rawls ha tenido tres polos principales: aquellos que califican la *Teoría de la Justicia* como *insuficientemente liberal* (Robert Nozick sería el autor más destacado de esta corriente); aquellos que califican la *Teoría* como *insuficientemente igualitaria* (Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerald Cohen serían algunos de

los más destacados críticos en ese espectro); y la crítica feminista a la *Teoría*, que ha calificado la obra de Rawls como excesivamente abstracta (Catharine Mckinnon, Susan Moller Okin y Seyla Benhabib). Al esquema, me parece que sería pertinente agregarle, al menos, la crítica hecha desde la *democracia radical* por Chantal Mouffe, quien ha calificado la *Teoría* como *insuficientemente política*. Por el momento, nos enfocaremos en los dos primeros polos de la crítica, que son los que atañen de manera más directa al problema de la intervención estatal y la igualdad material.

6.2 La insuficiencia liberal de Rawls. Negar el derecho a la igualdad.

Hay al menos dos aspectos a los que Robert Nozick dirige su crítica que vale la pena atender. El primero se centra en la reducción de derechos positivos para el Estado, el segundo se centra en afirmar la primacía de la libertad por sobre cualquier pauta igualitaria. Según esta perspectiva, si el Estado tuviera derechos positivos para evitar arbitrariedades o para repartir recursos, tendría la posibilidad de moldear nuestra vida. Desde la perspectiva de Nozick, esto contravendría el principio de autonomía con el que se ha construido el Estado de derecho. Como ya hemos anotado al revisar la postura de Carlos Nino, en efecto, toda carga para el Estado en ese sentido implica cierta reducción en la protección de la libertad. Utilizar recursos para igualar condiciones materiales de existencia supone reducir otros, como los dispuestos para la protección de la seguridad y la garantía de los contratos.

Así, según Nozick, la postura de Rawls – y la de cualquier igualitario- debería ser rechazada para garantizar plenamente la protección de la propiedad de los individuos y de su libertad de contrato. Es famoso al respecto, *el ejemplo de Chamberlain*, con el cual Nozick busca ilustrar que en condiciones capitalistas el Estado nunca debe intervenir en la realización de acuerdos libres, aún si esos acuerdos generan una enorme desigualdad. En el ejemplo, Nozick toma a Wilt Chamberlain -un habilidoso jugador de basquetbol profesional- como símbolo de un talento que amplios sectores de la sociedad podrían desear observar o premiar. Si cientos de personas desearan pagar una parte de su dinero para ver jugar a Chamberlain y eso creara una desigualdad económica importante entre él y quienes pagan por verlo, el Estado no tendría nada que reprochar o modificar. De lo contrario, estaría limitando de forma ilegítima el derecho de libertad.

Parte de lo que se le ha criticado a Nozick en ese sentido es la omisión de que no sería posible que nadie pudiera asistir a un partido de Chamberlain sin un Estado que hubiera construido las vías de comunicación necesarias, ni sin la vigilancia a las reglas de construcción necesarias para un estadio de basquetbol. Es decir, sin una recaudación adecuada no existiría ni siquiera la infraestructura necesaria para poder ir a observar un partido. De aquí, la pregunta que emerge es por qué el Estado debería utilizar recursos para facilitar las relaciones entre particulares para favorecer el desarrollo de la autonomía, pero no debería intervenir para igualar las posibilidades de expresión de la autonomía de las personas. La respuesta de Nozick es que una vez que legitimáramos al Estado para hacer tal cosa, estaríamos abriendo la puerta para toda clase de intervenciones a nuestra libertad, incluso al grado de permitirle *quitar ojos para repartir a quienes no tengan*.

El tono de Nozick es desde luego polémico y difícil de sostener desde una lógica de universalización de la autonomía. Nozick coloca a la libertad de contrato como un fin en sí mismo que debería situarse por encima de cualquier otro valor, de tal modo que el Estado tendría la obligación de asegurar la protección de esa libertad sin importar si con ello se favorecen las condiciones para una sociedad tremendamente injusta. No sólo el contrato, sino el derecho de propiedad individual constituye aquello que da legitimidad al Estado. La igualación de condiciones, según Nozick, es una pretensión moral que no puede contravenir los derechos a la libertad y la propiedad sobre los que, según su perspectiva, se cimienta el Estado moderno. Admite incluso que, como individuos, podríamos tener la obligación moral de socorrer a quien se encuentra en una situación de marginación, pero agrega que si esa obligación la trasladamos al Estado, estaríamos aceptando la violación de la libertad de todos¹⁴⁰.

En el fondo de esta argumentación se encuentra una teoría de la adjudicación, de pretendido origen lockeano, en la cual se asume que todo aquello que una persona haya transformado con su trabajo -sin haber perjudicado a nadie- pasa a ser parte de su propiedad. Eso, efectivamente, puede encontrarse en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, lo que resulta discutible en la teoría de Nozick es que los talentos individuales puedan ser considerados como parte de la propiedad de

¹⁴⁰ En parte, puede dársele a Nozick la razón cuando afirma que igualar condiciones de existencia es una pretensión moral. En efecto, parte de lo que nos inclina a pensar que debemos evitar que las personas vivan situaciones de privación extremas es que percibimos que ello atenta no sólo contra el bienestar particular de dicha persona, sino contra la dignidad humana en general. Lo que es sumamente discutible de su tesis es que una pretensión moral de esa naturaleza no pueda ser procesada y atendida desde el esquema de Estado de derecho. De hecho, justamente sería el Estado de derecho lo que permitiría que esa pretensión moral tuviera posibilidades de realizarse a largo plazo.

una persona y que, por tanto, cada individuo pueda reclamar como suyo el producto de sus talentos.

Tanto Rawls como Cohen combaten esta posición argumentando que los talentos deben ser considerados como bienes comunes y como producto de la suerte. Así, ningún talento individual podría utilizarse con la exclusiva finalidad de satisfacer ambiciones personales, sino que los productos de ese talento tengan que estar mediados por alguna concepción de bienestar social. Para Rawls y para Cohen ese bienestar social no puede ser dejado a la suerte de las concepciones personales del bien, sino que requiere definitivamente de la acción del Estado. Así, la igualdad debería considerarse un derecho en el mismo sentido que la libertad.

6.3 La insuficiencia igualitaria de Rawls. Reforzar el derecho a la igualdad.

Una vez puestos en este horizonte vayamos a las críticas que desde ópticas igualitarias se han hecho al esquema de Rawls. Empezaremos por Ronald Dworkin y Amartya Sen que son dos filósofos que critican el enfoque de Rawls sin desechar el esquema de la *Teoría de la Justicia*, después atenderemos las críticas de G.A. Cohen quien desde una perspectiva *radical igualitaria* da un paso más adelante en la crítica al pensamiento de Rawls.

Dworkin, aunque admite en términos generales el esquema de Rawls, indica que éste desatiende dos puntos importantes: las dotaciones de cada persona y las ambiciones personales. Según esto, el énfasis rawlsiano en que las desigualdades son aceptables sólo en la medida en que deriven de decisiones libres -siempre y cuando no se transformen en un desequilibrio social profundo- resulta insuficientemente igualitario porque podría dejar en desventaja tanto a personas que realicen malas decisiones, como a personas que viven con discapacidad.

Dos personas igualmente dotadas pueden decidir usos distintos para sus bienes. Si una de ellas resultara desaventajada por un mal uso de esos recursos (digamos que es una persona consumista) el Estado, según Dworkin, debería compensarlo porque la desigualdad creada no cumpliría la condición de Rawls de que la desigualdad responda al beneficio común (especialmente de los más desaventajados), pues la comunidad no resulta favorecida de la desigualdad creada por el mal uso que una persona hace de sus recursos. Igualmente, una persona que vive con discapacidad quedaría en una constante desventaja que no se debe a sus decisiones y que definitivamente no está justificada en términos de beneficios sociales. De tal suerte que la

propuesta de Dworkin implica ampliar el espectro de la igualdad hacia un horizonte en el que nadie pudiera encontrarse en una situación de desventaja por cuestiones azarosas, ni por decisiones que, a pesar de ser erradas (o incluso irresponsables), conduzcan a desigualdades que no crean beneficios sociales.

En general, la apuesta de Dworkin se dirige a profundizar la dimensión de la igualdad y a desvincularla de juicios morales encaminados a determinar la valía de las personas en términos de sus decisiones. Si volvemos al tratamiento que hace Dworkin de la *persona consumista*, esto se ve más claramente. Lo que sostiene es que, incluso si nos parece moralmente reprobable que una persona gaste sus recursos en bienes o actividades que no requiere, eso no nos debería llevar a la conclusión de que dicha persona *merece* la situación de pobreza a la que llegó por el mal uso de sus recursos. Si teorizáramos de esa manera, lo que estaríamos haciendo es justificar la pérdida de autonomía en razón de las decisiones personales y, por lo tanto, estaríamos condenando a las personas que utilizan mal sus recursos a subordinarse económicamente a quien le pueda proporcionar los medios para subsistir.

Su posición no deja de ser problemática porque pareciera partir del supuesto de que el Estado tiene una cantidad ilimitada de recursos para la constante redistribución de la riqueza. Esto es, en el caso de que nos encontráramos en un país con un Estado inmensamente rico, quizá no sería del todo descabellado pensar que éste debería intervenir para evitar la desigualdad incluso en los casos en que ella hubiera sido causada por malas decisiones de un individuo. Sin embargo, en el caso de un Estado limitado en recursos, pareciera que la propuesta de Dworkin no sólo sería irrealizable sino que también resultaría difícil de justificar en términos políticos.

Aún así, vale la pena notar que la postura del filósofo estadounidense nos obliga a pensar hasta qué punto estamos dispuestos a profundizar en la universalización de la igualdad y hasta qué punto cierto tipo de consideraciones morales resultan un obstáculo para ello. Suponer que alguna persona *merece* su situación de desigualdad porque ha dejado que su ambición se imponga a sus necesidades básicas, implica concederle al Estado un espacio discrecional en materia de redistribución que se opone a una lógica universalista de derechos. En parte, lo que estaríamos justificando al aceptar aquella desigualdad es que la protección del Estado caduca en el momento

en que una persona decide dejarse llevar por sus impulsos egoístas¹⁴¹. Esta lógica podría enunciarse de la siguiente manera: si en el ejercicio de su autonomía, una persona termina por encontrarse en una situación de desventaja por haber permitido que sus *gustos por lo inmediato* se impongan a proyecciones de vida a largo plazo, entonces el Estado no tiene ninguna razón para intervenir y buscar que esa persona pueda colocarse de nuevo en un espectro de igualdad respecto a sus conciudadanos. El problema que ha identificado Dworkin es que, en la medida en que queramos construir un sistema igualitario, debemos comprometernos con la universalización de la igualdad incluso si ello contraviene ciertos juicios morales. Asegurar el valor de la igualdad, implica no excluir a nadie de las ventajas sociales que ella provoca. Siendo esto así, ni siquiera una persona privada de la libertad podría ser sometida a condiciones en las cuales se vieran disminuidas las posibilidades de desarrollo de su autonomía.

Revisemos ahora la aproximación de Amartya Sen al tema. Según ha señalado Sen, uno de los problemas fundamentales de la perspectiva de Rawls es la conceptualización de los bienes primarios como fines en sí mismos. Desde la perspectiva de Sen, esto se traduciría en una especie de *fetichismo de los bienes primarios* que impediría un acercamiento a la justicia centrado en las capacidades de los seres humanos. La justicia en ese sentido estaría determinada por la obtención de recursos.

La propuesta de Sen en ese sentido consistiría en igualar las capacidades de los seres humanos para que puedan transformarlas en libertades. Una misma cantidad de bienes primarios, sostiene Sen, puede implicar cosas muy distintas para diferentes personas. Los bienes primarios, aunque puedan considerarse como indispensables no garantizan la expresión de la libertad. Así, es importante poner el énfasis en los desempeños que logran las personas: logro del autorrespeto, integración en la sociedad, nivel nutricional y salud adecuada pueden ser ejemplos de ciertos

¹⁴¹ Esto es particularmente visible en el caso de las prisiones. Es común que una persona privada de la libertad pierda *de facto* toda la protección que podría darle el Estado para igualar sus condiciones de vida respecto a otras personas. Si bien *de jure* todo Estado estaría obligado a generar condiciones dignas de existencia dentro de las prisiones, lo cierto es que una persona privada de la libertad suele desarrollar su vida en condiciones de extrema vulnerabilidad, mucho más si su familia no tiene recursos económicos suficientes. Esto último suele provocar mayores carencias nutricionales, sanitarias y de salud mental que las que sufren los internos que poseen recursos económicos. Esto sólo puede suceder en la medida en que el Estado configure la privación de la libertad como una *condena moral* que obliga a las personas a redimirse a través del sacrificio. Si pensamos en los términos de Dworkin esto estaría absolutamente injustificado para un Estado que pretenda hacer valer los derechos humanos. Si la igualdad es uno de los objetivos del Estado de derecho, ese objetivo no puede suspenderse para personas que *tomaron la mala decisión de delinquir*, esas personas tendrían que seguir siendo concebidas como sujetos de derecho y por lo tanto, como receptores de los mecanismos estatales que impiden que una persona caiga por debajo de los niveles mínimos de existencia.

resultados sociales que deberían derivar de aproximaciones igualitarias a la justicia. Si resultados de este tipo no son los que se obtienen, poco se habrá logrado en materia de igualdad.

Recordemos que una de las perspectivas de Sen anunciadas en *The Idea of Justice* es que el énfasis que en filosofía política se ha dado a esquemas ideales de justicia (como el de Rawls) nos han alejado de la posibilidad de atender problemas cotidianos de forma más contundente¹⁴². En ese sentido, sería necesario considerar las situaciones concretas de las sociedades a que nos dirigimos antes de intentar inocular algún sistema igualitario perfecto. Así, por ejemplo, para una sociedad pobre podría resultar más justo o igualitario disminuir la tasa de desnutrición o de la muerte prematura que el reparto de ciertos bienes primarios pretendidamente indispensables.

Vale la pena hacer algunas anotaciones sobre lo que significa para Sen “desempeños” y “capacidades” para poder situar su perspectiva igualitarista frente a la de los otros autores que estamos analizando. Según lo que hemos visto ya, cuando Sen habla de desempeños, apunta hacia una teoría igualitaria en la que se valoren no solamente los bienes a los que una persona tiene acceso para poder desarrollar su autonomía, sino a lo que puede realizar con esos bienes para situarse en la sociedad como una persona libre. Según la terminología de nuestro autor, se trataría pues de “estados de ser y actuar” como la buena nutrición o una vivienda digna que permitirían que los seres humanos pudieran lograr una buena calidad de vida. Por su parte, las capacidades serían el “conjunto de desempeños valiosos a los que una persona tiene realmente acceso”, esto es, las posibilidades que una persona tiene de elegir entre distintos tipos de vida que le parezcan valiosos.

Como se observa, la apuesta de Sen implica poder evaluar el tipo de vida que realmente llevan las personas con los bienes disponibles y evitar centrarse únicamente en los recursos como estándares de vida. Esto es, considerar el bienestar como una situación compleja que requiere mucho más que bienes cuantificables para poder asentarse. Esto no quiere decir que no existan una serie de bienes que son necesarios para evitar una “escandalosa marginación”, más bien, la postura de Sen indica que aún con la presencia de esos bienes fundamentales pueden coexistir situaciones de desigualdad que impidan el ejercicio de la libertad. Así, en una sociedad rica, bien podría darse el caso de que una persona tuviera lo básico para subsistir, pero que careciera de los recursos necesarios para obtener una vestimenta que le permitiera “aparecer con dignidad” en el espacio público, por lo cual se vería limitada en sus posibilidades reales de participación política.

¹⁴² Amartya Sen, *The Idea of Justice*, New York, Penguin Books (Kindle edition), 2010, pos. 116

Una de las dificultades principales que se presenta con la teoría de Sen es que la cantidad de información necesaria para poder evaluar las posibilidades reales de libertad de las personas es muy grande y diversa. Entre lo que se requeriría someter a consideración está la fisiología individual, la diversidad medioambiental, la variación de las costumbres sociales, la distribución de roles familiares, etc. Cada cambio en alguna de estas condiciones implicaría un cambio en nuestra valoración sobre el bienestar. Todo ello supondría una enorme cantidad de recursos, además de la posibilidad de estar invadiendo indebidamente el desarrollo de la vida de las personas con el fin de obtener datos. Por ejemplo, si decidiéramos que es necesario evaluar si en una sociedad determinada los desempeños de una persona que tiene hijos y otra que no son iguales, siguiendo el enfoque de Sen, no solamente deberíamos evaluar si ambos tipos de persona tienen el mismo acceso a bienes primarios, sino que tendríamos que buscar parámetros para evaluar su calidad de vida y sus posibilidades de ejercer su libertad. Esto podría implicar que nos enfocáramos en aspectos particulares de sus vidas como su participación en asambleas vecinales o su participación en determinadas actividades culturales, o deportivas, lo que nos colocaría en un terreno problemático en cuanto al respeto a la privacidad de las personas.

A estas objeciones Sen ha respondido que en efecto puede haber información mucho más difícil de obtener que otra y que, ciertamente, habría que tener cuidado en cómo se obtiene esa información. Sin embargo, ha clarificado que el objetivo de su teoría no es el de construir un marco teórico que permita hacer una lista de “capacidades y desempeños básicos” para evaluar el bienestar social. Por el contrario, el objetivo es por un lado señalar la insuficiencia de los “enfoques bienestaristas” para enfrentarse a la complejidad de la vida; por otro lado, ofrecer herramientas que permitan discutir los índices de bienestar tradicionales que se enfocan exclusivamente en recursos.

Lo que nos ofrece pues la teoría de Amartya Sen es la posibilidad de construir el concepto de igualdad desde una perspectiva compleja en la que podamos incluir diferenciaciones empíricas para poder determinar qué tipo de recursos requieren las personas para poder llevar a cabo una vida que consideren valiosa. En una operación teórica que recuerda a Montesquieu -quien pensaba que condiciones empíricas como el clima de una nación podía influir decisivamente en su configuración jurídica- Sen nos recuerda que si el objetivo de las sociedades modernas es la igualdad y la libertad de los ciudadanos, deberíamos cuidarnos de conceptos absolutos que nos

impidan ver que recursos idénticos podrían tener resultados muy diferentes según el tipo de sociedad al que se pertenezca.

De tal suerte, el tipo de intervención estatal también debería ser diferenciada al momento de querer generar condiciones de igualdad. Si retomamos aquel ejemplo de la sociedad rica en que una persona, a pesar de tener los recursos suficientes para subsistir, se ve impedida para aparecer en el espacio público por falta de una vestimenta adecuada, podríamos pensar que una solución podría ser que el Estado otorgara a esta persona ropas que le permitieran desarrollar su vida pública de forma digna. En otro registro, podríamos pensar también en la necesidad de que el Estado interviniera con campañas educativas que permitieran iniciar un proceso de desestigmatización de la vestimenta. Inclusive podría pensarse en alguna clase de impuesto a los más favorecidos dirigido exclusivamente a la “igualación en vestimenta pública”.

El ejemplo es importante porque nos obliga a pensar situaciones particulares de las sociedades que bien podrían no estar consideradas en las teorías de la justicia y que pueden afectar decisivamente la materialización de ciertos derechos. Supongamos, por ejemplo, que las condiciones culturales en que vive una persona la obligan a tener una vestimenta determinada para aparecer en algún acto religioso o cívico y que si aparece en dichos actos sin la vestimenta adecuada, será objeto de vergüenza pública. Supongamos también que comprar esa vestimenta implicaría para esta persona sacrificar alimentos para su familia o la cuota del transporte necesaria para que sus hijos lleguen a la escuela. Desde la perspectiva de Sen, lo que nos ilustra este ejemplo es que teorías de la justicia como la de Rawls, en su afán por describir condiciones ideales de la justicia, dejan de lado cuestiones determinantes para la realización de derechos. En el caso citado, por ejemplo, la persona que carece de la vestimenta adecuada para aparecer en el espacio público puede tener garantizados sus derechos en el ordenamiento jurídico y carecer de los medios específicos para ejercerlos.

Desde luego, esto último no tendría por qué representar un problema para Rawls, quien podría responder que, en primer lugar, su *Teoría de la Justicia* pretende ser un modelo normativo cuyo objetivo no es agotar las dificultades empíricas para realizar la justicia y, en segundo lugar, podría también argumentar que de hecho él ha especificado que su *Teoría* está dirigida a las democracias liberales occidentales donde puede presumirse un cierto espacio común de costumbres políticas, jurídicas y sociales que permitirían la materialización de los principios básicos de la *Teoría*. Con todo, para nuestra investigación resulta relevante la apreciación de Sen,

no por su efectividad para criticar a Rawls, sino porque permite vislumbrar cómo el Estado de derecho requiere espacios efectivos de ejercicio de derechos para su materialización y cómo puede variar la configuración de esos espacios según condiciones empíricas determinadas.

De hecho, parte de lo que nos dice la teoría de Amartya Sen nos ayudará a conceptualizar la dimensión política del Estado de derecho en el capítulo III de esta investigación. Pues, si no puede definirse un mecanismo universal para la construcción de un Estado de derecho igualitario, es decir, si no puede pretenderse que una serie de bienes básicos aseguran el ejercicio de la libertad en condiciones de igualdad, lo que requeriríamos es un diálogo democrático al interior de cada una de las sociedades para poder definir políticas públicas que aseguren la igualdad. Así, la propia dimensión de la igualdad poco sentido le haría a la persona de nuestro multicitado ejemplo de la vestimenta pública y dicha persona tendría pocos incentivos para defender principios del Estado de derecho que no le reportan ningún beneficio visible en su vida cotidiana. Por el contrario, si esa persona experimenta que los mecanismos de igualdad implementados por el Estado le permiten aparecer en la vida pública, probablemente tendrá mayores incentivos para defender los principios que sostienen dicho Estado. Volveremos sobre estos temas con mayor profundidad más adelante.

Ahora revisemos la posición de G.A. Cohen quien, como hemos dicho ya, desarrolló una crítica desde el igualitarismo radical al planteamiento de Rawls. Fundamentalmente, la postura de Cohen es que el énfasis en instituciones justas termina por opacar el hecho de que la justicia no se obtendrá solamente con una estructura institucional sólida, sino que se requiere también de la construcción de un *ethos* de la justicia al que se comprometan los individuos. No sólo deben ser justas las instituciones, sino también los individuos. Por más que nos esforcemos en construir una ingeniería institucional que pueda limitar las arbitrariedades, éstas no cumplirán su objetivo si los individuos concretos no están decididos a generar una cultura del respeto a las instituciones de justicia.

Cohen, por otro lado, argumenta que el principio de diferencia de la teoría de Rawls justifica privilegios para los aventajados y los coloca en un espacio en el que terminan por no comprometerse con la teoría de la justicia. Desde esta óptica, Cohen le reprocha a Rawls no plantearse la posibilidad de una sociedad donde los individuos puedan cooperar para lograr el bienestar social sin la necesidad de incentivos adicionales. Por qué -se pregunta Cohen- quienes con su talento podrían generar un mayor bienestar social requerirían de estímulos especiales, por

qué poder disfrutar de la expresión de su talento no sería suficiente. Finalmente, Cohen le critica a Rawls el hecho de suscribir una antropología egoísta en la que la cooperación esté mediada por la obtención de mayores beneficios personales.

El filósofo de Oxford argumenta que, si existiera la voluntad de cooperar, no tendría ninguna justificación favorecer a quien tiene mayor talento. Si se tiene la necesidad de otorgar estímulos, es porque no existe la voluntad de cooperar. En ese sentido Cohen cree que, en todo caso, deberíamos estar conscientes de que si la cooperación depende de ello nuestros márgenes para construirla son verdaderamente estrechos. La postura de Cohen indica que una antropología en esa configuración nos lleva por el camino equivocado y sostiene que la cooperación a largo plazo depende definitivamente de poder crear un *ethos* que la profundice.

Desde una perspectiva que pretende revalorar el socialismo como modelo de justicia en clave igualitaria, Cohen propone un esquema en el que la mayoría de las personas podrían aceptar la cooperación y la distribución igualitaria sin la necesidad de plantear incentivos adicionales para los talentos, ni intrincados sistemas institucionales que limiten la expresión del egoísmo. Para ilustrar su esquema, Cohen narra lo que sucedería con la distribución de bienes y talentos si un grupo de personas deciden ir a acampar, el llamado “modelo del campamento”.

Según Cohen, si nos decidiéramos a realizar una actividad como aquella, los principios guía serían definitivamente la comunidad y la igualdad. Cada uno de los participantes estaría convencido de que la mejor forma de llevar a cabo el campamento sería actuando de forma comunal e igualitaria: las propiedades del grupo son aprovechadas colectivamente, las funciones del campamento como cocinar y lavar son repartidas equitativamente, hay un interés en cooperar para que “cada uno tenga, en lo posible, una oportunidad similar de prosperar”¹⁴³. Sería absurdo - piensa Cohen- que una persona reclamara mayores o mejores bienes a cambio de revelar el lugar de un espectacular manzano que ella conoce. La búsqueda de beneficios mayores a cambio de aquel *talento especial* rompe el propio espíritu del campamento. Es poco probable que quienes integran el campamento tengan alguna inclinación a aceptar las demandas egoístas de quien puede proporcionar algún bien como el citado manzano; de hecho, ante la negativa de los demás es probable que quien conoce el lugar del manzano termine por revelarlo pues de lo contrario tampoco podrá disfrutar de él libremente.

¹⁴³ G. A. Cohen “¿Por qué no el socialismo?” en *Por una vuelta al socialismo: o cómo el capitalismo nos vuelve menos libres*, Siglo XXI, Argentina [edición Kindle], 2014, pos. 2833.

Con todo, es posible pensar un campamento en el que las reglas que reinen sean las del intercambio de mercado y la propiedad privada, uno en el cual el uso de los bienes y los talentos esté sujeto a negociaciones. Sin embargo, para Cohen es claro que una amplia mayoría de personas se sentiría poco atraída para realizar un campamento en esas condiciones. Esto último lleva a Cohen a la conclusión de que “muchas personas se sienten atraídas por el ideal [comunitario e igualitario] socialista, al menos en ciertos contextos acotados”¹⁴⁴.

El problema con el “modelo del campamento”, claro está, es que solamente explica las posibilidades del igualitarismo de tipo socialista en una escala muy pequeña. Es decir que sólo reafirma aquello que David Hume había llamado en el siglo XVIII “relaciones de cercanía”: con nuestros pares más cercanos solemos ser capaces de comportarnos según cánones de cooperación espontánea. Desde un plano de cercanía -piensa Hume- es relativamente fácil comportarnos cooperativamente para obtener resultados justos, en un caso como el del campamento resulta muy evidente que realizar actos injustos o egoístas afecta a la comunidad y a nosotros mismos de forma inmediata. Sin embargo, en un escenario de “lejanía” como sería una urbe populosa o un Estado moderno la cuestión se complica seriamente, pues ni cooperar resulta inmediatamente beneficioso, ni una conducta egoísta refleja un daño en nuestras vidas que sea perceptible en el corto plazo. De hecho, según el filósofo escocés, es posible que en una sociedad compleja los individuos se vean más motivados para realizar conductas opuestas a las que realizarían en casos como el del campamento citado por Cohen. Desde esta perspectiva el reto más grande para las sociedades modernas es el de generar cooperación cuando sus beneficios no son perceptibles a simple vista.

Cohen, consciente de esta limitación de su modelo, ha dicho que en efecto “no sabemos cómo utilizar la generosidad como motor económico”. Para él, el gran problema del igualitarismo socialista es que carece de una tecnología social, equiparable a la que sí tiene el capitalismo, para poder echar a andar el socialismo. De ahí que teóricos socialistas como David Schweickart o el propio Cohen hayan optado por modelos de “socialismo de mercado” en los cuáles se profundicen tipos de propiedad colectiva y obrera, pero donde no se rompa la lógica mercantilista del capitalismo que permite echar a andar la economía. Se trata de un modelo, piensa Cohen, que puede competir en la arena política con el capitalismo pero que, con todo, habría que ver con cuidado.

¹⁴⁴ G.A.Cohen, “¿Por qué no el socialismo?..”, pos. 2845

Cohen, que como dice Gargarella podría ser entendido más como un “igualitario radical” que como un neomarxista, piensa que el socialismo de mercado debería ser tomado como un “segundo mejor” a la hora de optar por modelos que permitieran profundizar la igualdad, pero que no deberíamos perder de vista que la propia lógica de mercado es incompatible con el ideal de comunidad que atraviesa la historia de los movimientos políticos de izquierda. En ese sentido, el *ethos* igualitario queda seriamente comprometido, pues el mercado (aún el socialista) justifica desigualdades en razón de méritos, talentos o de suerte que fomentan la codicia y la percepción del otro como fuente de enriquecimiento. En un escenario como ese, piensa Cohen, resulta sumamente complicado pensar que una sociedad podrá comprometerse a largo plazo con el ideal igualitario.

Por ello, desde la perspectiva de Cohen, sería necesario que el ideal de comunidad se asentara como un mecanismo ético y político de mediación al mercado. El igualitarismo liberal (en buena parte avivado por el trabajo de Rawls) ha permitido un gran avance en ese sentido al cuestionar las desigualdades sociales que se crean en el flujo del mercado y promoviendo la intervención del Estado para remediarlas. Sin embargo, sus propuestas se han quedado cortas al momento de intentar paliar las desigualdades genéticas. De hecho, como mencionamos ya, parece favorecerlas cuando asume que el talento puede ser un motivo suficiente para generar desigualdad si éste se usa para el beneficio de todos.

Cohen se pregunta cómo se podría vivir armoniosamente en una sociedad si no existe preocupación por el otro o si la preocupación está exclusivamente circunscrita a los beneficios que se pudieran obtener individualmente de la cooperación. Es decir que Cohen busca combatir la idea de la cooperación instrumentalizada en favor de la lógica mercantil. En ese sentido, sólo en la medida en que pudiéramos apreciar la cooperación en sí misma y ser generosos con los demás sólo porque lo necesitan, podríamos pensar la igualdad como un valor que se profundice socialmente. Al respecto, dice Cohen, que si alguien posee recursos diez veces mayores a los que yo poseo y no le preocupan en absoluto las dificultades a que ello me somete, la comunidad está en entredicho. A largo plazo, los intentos políticos o jurídicos por profundizar la igualdad serán infructíferos porque siempre se encontrarán con la poderosa barrera de los ricos. Si éstos últimos no están dispuestos a comprometerse con el *ethos* igualitario y de comunidad (que, como piensa Cohen, en términos de recursos podría requerirles sólo un poco de su riqueza), resulta sumamente complicado pensar que pueden instrumentarse políticas igualadoras de largo alcance.

Para finalizar esta sección quisiera hacer dos comentarios respecto a la postura de Cohen. El primero tiene que ver con los problemas que podría acarrear la idea del *ethos igualitario* de Cohen y es que, lo que parece sugerir es que el Estado ya no aparece como el único elemento activo dentro de la construcción de la igualdad, sino que los ciudadanos pueden tomar un papel activo en ello. Esto resulta problemático porque abre la puerta para descargar al Estado de sus responsabilidades en materia de justicia social, pues bien podría argumentarse algo como lo siguiente: desde el poder del Estado se ha hecho todo lo posible en materia de justicia social, pero, al no encontrar una sociedad con un *ethos igualitario* desarrollado, dichos esfuerzos resultan infructíferos. Convertir problemas como la redistribución de las riquezas en una cuestión moral que requiere una transformación de la sociedad implica situarse en un plano en el que el Estado se vería obligado a dictar una *moral igualitaria* para cumplir con la exigencia de justicia social o, en otro registro, dejar los derechos sociales como un escenario utópico que sólo podría cumplirse una vez que la sociedad hubiera interiorizado la igualdad en su psicología.

El segundo comentario se dirige a las ventajas que ofrece la interpretación de Cohen sobre el camino igualitario. La cuestión aquí es que, aunque podamos reconocer en la propuesta de un *ethos igualitario* una tensión con las obligaciones del Estado y, quizá un descargo innecesario hacia este, también es importante reconocer que la aproximación de Cohen permite pensar cuáles son las limitantes de la acción estatal en materia de igualdad. A la vez, obliga a retomar la idea de empatía (simpatía, dirían David Hume y Adam Smith) y pensar si permite encuadrar mejor el problema de la igualdad material y la cooperación social. Al respecto, Lynn Hunt en su texto *Inventing Human Rights* argumenta que los derechos humanos no habrían podido existir sin la construcción de mecanismos culturales que favorecieran relaciones empáticas e igualitarias entre los seres humanos. Así, las novelas epistolares, por ejemplo, habrían jugado un papel decisivo para *inventar* un escenario socio-cultural en el que personas de diferentes estratos sociales pudieran identificarse con sentimientos humanos comunes, lo que favorecería la construcción del término *humanidad* en las declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XX¹⁴⁵.

Para nuestros fines esto es importante en la medida en que permite pensar las dimensiones sociales del igualitarismo en las que no se deja caer todo el peso del ideal de justicia social en los mecanismos institucionales. Por supuesto, esto no quiere decir que la justicia social no dependa de la configuración estatal, sino que la sola ingeniería institucional no es suficiente para

¹⁴⁵ Lynn Hunt, *Inventing Human Rights*, W.W. Norton & Company, New York [Kindle edition], pos. 335

garantizar la obtención de la igualdad. Lo que podríamos agregar respecto a las posturas de Cohen y de Hunt es que, si bien la teoría del Estado de derecho y de los derechos humanos no puede separarse completamente de consideraciones éticas con las que se expliquen los procesos y posibilidades de transformación moral de la sociedad, pareciera igualmente decisiva la participación política para lograr tales fines. Tal como discutiremos en el capítulo III de esta investigación, pareciera que la realización del Estado democrático de derecho requiere de ciudadanos con sentimientos jurídicos y pasiones de lealtad hacia los valores de la democracia constitucional para que ésta pueda ser realizada y defendida de las amenazas políticas de grupos conservadores o de extrema derecha.

Esto nos conecta directamente con la crítica que hace Chantal Mouffe a la teoría de Rawls, la cual sólo mencionaremos brevemente pues le dedicaremos especial atención en el capítulo III. En su libro *La paradoja democrática*, la filósofa belga ha sostenido que la *Teoría de la Justicia* de Rawls resulta insuficientemente política por su afán de construirla desde un horizonte meramente racional. Mouffe extiende esta crítica también a autores como Dworkin o Habermas a quienes reprocha el olvido del componente político conflictivo (emotivo) del *demos*. Según esta perspectiva, mientras los esfuerzos racionalistas están encaminados a la construcción de un sistema ideal de justicia, olvidan que constitucionalismo y democracia no son términos que se puedan armonizar fácilmente. Pues mientras la dimensión igualitaria de los derechos propia del constitucionalismo opera bajo la lógica de la inclusión, la dimensión igualitaria de la democracia opera bajo la lógica de la exclusión. Para Mouffe, no hay democracia sin un *demos* que le de vida y ese *demos* no puede conformarse sin determinar las fronteras del *nosotros* y el *ellos*. Los iguales de la democracia, según esta perspectiva, no son identificables con los iguales de la *humanidad* postulada por el constitucionalismo.

Eso no quiere decir que constitucionalismo y democracia no puedan ir juntos, sino que sólo pueden hacerlo de forma conflictiva y paradójica. Su unión no es lógica, sino que es histórica y política. Ambos horizontes de igualdad resultaron deseables para las sociedades modernas, el problema es que éstas no pueden darlos por sentados y pretender que se armonizan en el sistema institucional sin mayores dificultades. Por el contrario, es necesario que las sociedades modernas estén conscientes de que la unión entre constitucionalismo y democracia es conflictiva y que, por lo tanto, requiere no sólo de conceptos sino de actos de ciudadanía encaminados a defender los

valores igualitarios de cada uno de los horizontes. Crear esa dimensión de ciudadanía es el gran reto de las sociedades contemporáneas.

Como ya habíamos advertido este es un tema que se tratará a detalle en el capítulo III de este trabajo. En lo que sigue quisiéramos abordar la relación de la intervención del Estado y los derechos sociales con la dimensión igualitario democrática del Estado de derecho. Con ello pretendemos darle mayor solidez a aquella afirmación de que la justicia social requiere entenderse a través de mecanismos constitucionales para poder garantizar que sus objetivos no estén sujetos a la incertidumbre de las voluntades políticas.

6.4 Los derechos sociales como condición racional del Estado de derecho.

Según Gerardo Pisarello, es común que los derechos sociales sean caracterizados como derechos que, en la historia de los derechos humanos, aparecieron después de los derechos civiles y políticos. Pisarello alude a la llamada tesis de *las generaciones de derechos* -a veces atribuida a T.H. Marshall y otras a Karel Vasak¹⁴⁶- la cual ha servido de apoyo para teorías sobre los derechos humanos que caracterizan a los derechos sociales como derechos axiológicamente inferiores a los derechos civiles y políticos¹⁴⁷. De esta manera, los derechos sociales, piensa Pisarello, aparecen como una especie de apéndice o complemento deseable dentro de la estructura del Estado de derecho y no como una parte constitutiva de éste. En las líneas siguientes haremos un recorrido crítico de esa problemática.

Respecto al primer tópico, la cuestión es la siguiente. Autores como Elías Díaz, Lucas Verdú, Reinhard Kühnl o Jörg Kammler piensan que los derechos sociales, desde el punto de vista histórico, surgieron como consecuencia de las luchas obreras y de reivindicación campesina en las que los socialistas tuvieron un papel protagónico. Desde esta perspectiva, derechos sociales y tradición socialista están íntimamente emparentados. Según Pisarello, aunque hay muchos elementos históricos que sustentan esta tesis, es importante tener cuidado en el valor teórico que se le da y revisar con más atención los movimientos de reivindicación pre-socialistas para dar una justa medida a la dimensión de los derechos sociales dentro de la estructura del Estado de

¹⁴⁶ El texto de Marshall en el que se vierte esta tesis es *Citizenship & Social Class* (1950), el de Vasak se titula *La larga lucha por los derechos humanos* (1977).

¹⁴⁷ Gerardo Pisarello, *Los derechos humanos y sus garantías*, Trotta, España, 2007, pp. 11 -19

derecho¹⁴⁸. Incluso, es necesario considerar que una de las primeras formulaciones de la justicia social hechas en el ámbito político europeo fue realizada por el Canciller Bismarck, cuyas intenciones no pueden identificarse ni con el socialismo, ni con movimientos sociales emancipatorios:

El avanzado antagonismo de clases y la consumada irrupción de la clase obrera en el poder legislativo del Estado de derecho, obligaron al poder público a intervenir en la esfera del comercio de mercancías y del trabajo social, con el fin de restar fuerza a los explosivos contrastes sociales, en interés de las clases dominantes. Así, por ejemplo, Bismarck exigió “que se pongan en práctica aquellas peticiones socialistas que parezcan justificadas y que puedan ser realizadas en el marco actual del orden social y estatal”.¹⁴⁹

Ahora, aunque pudiéramos concluir que históricamente los derechos sociales surgieron después de los civiles y políticos, esto no nos debería llevar a la conclusión de que ellos son consecuencia de la progresividad de la historia y que por lo tanto sería necesario esperar a un desarrollo histórico más largo para la realización de dichos derechos. Es decir, el reconocimiento de una temporalidad posterior de los derechos sociales frente a los civiles y políticos no tiene por qué estar emparentado con una filosofía de la historia que ponga a los primeros como subsidiarios de los segundos, es decir, no debemos considerar a los derechos sociales como expectativas jurídicas sujetas a la completa realización de los derechos civiles y políticos. Más bien, una teoría consecuente de los derechos, según Pisarello, debería pensarlos como interdependientes: ni la realización de los derechos civiles y políticos es posible sin los derechos sociales, ni los derechos sociales pueden hacerse efectivos sin una dimensión de protección adecuada de libertades políticas y civiles.

Justamente, cuando hemos anotado que la distinción entre un Estado de derecho formal y uno sustantivo es infructífera, nos referimos a esto último. La forma con la que se construye la dimensión civil de los derechos es la misma que se debe utilizar para los sociales -al menos si se quiere que sean derechos y no dádivas- y aquello que se cree sustancial en los derechos sociales también lo es en los civiles: reducir las posibilidades para ejercicios arbitrarios de poder y fomentar espacios de autonomía para los individuos. Por lo demás, una revisión histórica concienzuda, piensa Pisarello podría contribuir a reconocer la cooriginalidad de todos esos derechos:

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 20 -25

¹⁴⁹ Jörg Kammler, “El Estado Social” en Wolfgang Abendroth & Kurt Lenk, *Introducción a la Ciencia Política*, Anagrama, Barcelona, 1971, p.97

Un [...] problema de la tesis generacional es que no permite apreciar el carácter con frecuencia simultáneo y complementario de las reivindicaciones de derechos civiles, políticos y sociales, ni las tensiones de fondo entre su expansión igualitaria y la ampliación excluyente de los derechos patrimoniales como derechos tendencialmente absolutos.¹⁵⁰

Esto es, en la historia de las luchas políticas y movimientos sociales que dieron pie a la formalización de derechos civiles y políticos, podemos encontrar evidencias de que en esas luchas también se incluyeron demandas que podrían interpretarse como antecedentes de las teorizaciones de derechos sociales más desarrolladas. Derecho a la tierra, al trabajo, a la salud, a la vivienda o a la educación no son exigencias desconocidas para campesinos y artesanos en los siglos previos a la Revolución Industrial.

Si bien es cierto que dicha transformación trajo consigo una profundización en la lucha por las condiciones indispensables para garantizar una subsistencia digna, también es cierto que podemos observar en movimientos, como los de los *Levellers* y los *Diggers* en Inglaterra, en algunas facciones de los jacobinos franceses o en los republicanos agraristas comandados por Thomas Jefferson, la insistencia en que el Estado asegurara condiciones mínimas para la existencia de todos. Según Pisarello, en la historia de los derechos humanos, hay fuertes coincidencias entre la defensa de los derechos civiles y políticos con la defensa de las fuentes de subsistencia que son parte indispensable de la teoría de los derechos sociales. La cuestión es que, el triunfo político de las facciones conservadoras que negaron que esas condiciones de subsistencia tenían que estar garantizadas por el Estado, ha provocado que se entienda a los derechos sociales como subsidiarios de la teorización de los derechos civiles y políticos¹⁵¹.

En buena medida, esto también explica que los derechos sociales se hayan caracterizado muchas veces como axiológicamente inferiores a los derechos civiles y políticos. Es decir, que se haya puesto a los derechos sociales como inferiores en una escala valorativa, según Pisarello, ha sido más una consecuencia de vaivenes políticos que del desarrollo propio de la teoría de los derechos humanos.

¹⁵⁰ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales...*, p. 35.

¹⁵¹ Con respecto al tema de la cooriginalidad, vale la pena anotar que, en otro registro Habermas ha insitado en ese aspecto al referirse a los derechos subjetivos y el derecho objetivo, lo que supone que tanto los derechos de los individuos como el derecho con el que se organiza el espacio público y el propio Estado surgen al mismo tiempo. En ese sentido, podríamos pensar que las luchas emancipatorias no solamente han cargado consigo derechos civiles, políticos y sociales a la par, sino que también han traído consigo la idea de que se requiere de un poder común democrático para la realización de los derechos.

Desde la perspectiva de Pisarello, lo que se ha argumentado para sostener que los derechos civiles y políticos están por encima en una escala axiológica es lo siguiente:

- 1) Que los derechos sociales están ligados sólo de forma indirecta a la dignidad humana y que por lo tanto tienen menor protección. El presupuesto de esta tesis es que los derechos sociales están mayormente conectados con el principio de igualdad y que con ello buscan la homogeneidad social. Así, los derechos sociales operan una tensión con las individualidades y la pluralidad humana que los coloca un escalafón menor valorativamente hablando¹⁵².
- 2) Que la defensa de los derechos sociales, al ser colectivos y prestacionales requieren de condiciones económicas mucho más favorables que la defensa de los civiles y políticos. Esto implicaría que los derechos sociales están sujetos a flujos económicos que resultan imprevisibles. Esto, para quienes se oponen de forma más radical a la inclusión de los derechos sociales en la estructura del Estado de derecho, podría suponer incluso que los derechos sociales no pueden existir como prerrogativa jurídica, esto es, que no existen como derechos.¹⁵³
- 3) Que los derechos sociales son principios programáticos sujetos a la voluntad del legislador. Esto pondría a los derechos en un terreno teórico inferior, pues estarían sujetos a los vaivenes impredecibles de la política.

Para Pisarello, ninguno de estos supuestos retratan de forma fidedigna la situación teórica de los derechos sociales. Más bien, al igual que la *tesis generacional*, son mitos que se han propagado desde los círculos más conservadores del liberalismo económico. Negar la cooriginalidad y complementariedad de los derechos es el sustento de quienes han querido negar la posibilidad de un Estado de derecho que garantice tanto las libertades civiles y políticas como las condiciones materiales de existencia. Al respecto, vale la pena anotar la perspectiva de Carlos S. Nino, quien desde el igualitarismo liberal más que desde el neomarxismo de Pisarello, sostiene que teóricamente los derechos sociales no son distinguibles de los derechos civiles y políticos:

Los derechos sociales no son siquiera diferentes a los derechos a la vida, a la integridad personal y al resto de los derechos que se refieren a bienes que son necesarios para la autonomía personal. Ellos generalmente se refieren a las condiciones para el disfrute de los

¹⁵² Tesis más radicales como la de Robert Nozick que mencionamos en la sección anterior, indicarían no sólo un estatus menor en el escalafón de los derechos, sino la nula vinculación entre derechos e igualdad.

¹⁵³ Al respecto resulta ilustrativo el texto de Stephen Holmes y Cass Sunstein *The Cost of Rights*, en el que los autores sostienen que la protección de cualquier derecho implica un costo para el Estado. Esto nos indicaría que la intervención estatal, por ejemplo en el terreno fiscal es necesaria no sólo para generar condiciones para la igualdad, sino también condiciones para la autonomía.

derechos individuales por encima de aquellas condiciones que tradicionalmente se tuvieron en cuenta.¹⁵⁴

La idea de Nino es que los derechos sociales acaso deben ser vistos como extensiones naturales de los derechos individuales. En ese sentido tanto el “liberalismo conservador” (encabezado por F.A. Hayek) como la izquierda estarían equivocados al haber calificado a las libertades civiles y políticas como “formales” y a las políticas de nivelación social como libertades “materiales”. Ambos aspectos de la libertad, según Nino, requerirían de la acción del Estado; en primer lugar, porque ambas requieren leyes positivas que las hagan efectivas; en segundo lugar, porque para su cumplimiento ambas requieren de la acción directa de legisladores, jueces y policías. Para Nino, como para Pisarello, sostener la primacía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos sociales carece de sustento teórico y responde más bien a una ideología conservadora que pretende mantener el espacio de autonomía restringiendo a ciertos sectores favorecidos de la sociedad¹⁵⁵.

Podemos reconocer, dice Nino, que la amplitud de los derechos sociales debe ser decidida en la deliberación democrática y que, desde luego, en esa deliberación pueden triunfar posiciones conservadoras que limiten en alguna medida la esfera de la autonomía de las personas menos favorecidas. Es decir, en un debate racional sobre derechos, puede triunfar un argumento que sostenga que deberes excesivos cargados sobre las personas favorecidas para la nivelación social, afectan directamente la autonomía personal de todas las personas porque se concentra demasiado poder en los órganos estatales, los cuales son propensos al abuso y la corrupción. A pesar de ello, sostiene Nino, *la total y absoluta negación de los derechos sociales yace fuera de los límites del liberalismo constitucional*¹⁵⁶.

No es pues la relevancia teórica de los derechos sociales lo que está en cuestión, sino la relación entre estos derechos con los civiles y políticos para la realización de la autonomía. En lo que sigue discutiremos de manera más detallada cuál es la relación entre los derechos civiles y políticos con los sociales, así como su papel en la construcción del Estado de derecho.

¹⁵⁴ Carlos S. Nino, *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo XXI, Argentina, 2013, p. 227

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 231 - 232

¹⁵⁶ Carlos S. Nino, *Una teoría de la justicia...*, p. 232 - 233

6.5 Derechos sociales, democratización social y materialización del Estado de derecho.

Hemos dicho que los derechos sociales están dirigidos a las clases más desfavorecidas. Aunque no son exclusivos para ellas, ciertamente, en tanto que se trata de derechos dirigidos a garantizar la subsistencia y la nivelación social, podríamos decir que las clases favorecidas los necesitan menos. Aún así, los derechos sociales no están exclusivamente diseñados para la defensa de los más débiles –para usar la terminología de Ferrajoli- sino para el robustecimiento del Estado de derecho y, en esa medida, están diseñados para la protección de todas las personas.

Esto es, el Estado de derecho -como modelo institucional con el que se pretende eliminar la arbitrariedad y disciplinar la actividad social y los poderes públicos mediante el derecho- requiere de los derechos sociales. Sin ellos, partes importantes de la sociedad quedan materialmente excluidas de la actividad política y se generan condiciones para que se instituyan oligarquías que reproduzcan un Derecho que las favorece. Definitivamente, lo que agregan los derechos sociales al esquema de Estado de derecho es la democratización social.

Hemos dicho ya en el capítulo primero de esta investigación que Estado de derecho y democracia no son conceptos que se presupongan mutuamente, al menos según la óptica de autores como Joseph Raz. Sin embargo, una vez que Estado de derecho y democracia se asientan como los pilares de regímenes políticos legítimos, parece complicado descartar los derechos sociales. Para autores como Elías Díaz, esto se explica porque la ausencia de condiciones materiales mínimas de existencia impide el correcto ejercicio de derechos civiles y políticos. Alguien que carece de lo más elemental para subsistir de forma digna, digamos vivienda, alimento y salud, estaría en condiciones completamente desfavorables para ejercer derechos como el voto, la libertad de contrato, la propiedad, la libre asociación o la libertad de expresión. Quienes insisten en la necesidad de los derechos sociales para consolidar el Estado de derecho buscan subrayar los obstáculos empíricos más importantes para la realización de los derechos civiles y políticos. Según esto, es indispensable reconocer que la teoría de los derechos humanos tiene que ir acompañada de análisis empíricos sobre lo que implica el ejercicio de un derecho.

Esto no quiere decir que sin derechos sociales no se tengan derechos (eso implicaría fortalecer aquella oposición entre Estado de derecho formal y sustantivo que queremos combatir). No es que se desconozca la importancia normativa de los derechos civiles y políticos. Más bien se enfatiza que la garantía legal de los derechos civiles y políticos no es suficiente, al menos si se

aspira a construir sociedades democráticas. El tema de fondo es que la exclusión de amplios grupos de la población pone en riesgo la posibilidad de que la actividad social esté guiada por el derecho. Si le concedemos a Joseph Raz la idea de que uno de los objetivos primordiales del Estado de derecho es que las personas guíen su actividad por el derecho¹⁵⁷, tendríamos que reconocer que, si amplios sectores de la población se ven olvidados por el Estado, tendrán muy pocas razones para obedecer el derecho que emana de él. Es por eso que Marx y quienes lo siguieron en su crítica a los derechos humanos, han visto con tanta suspicacia a los derechos civiles y políticos.

Ahora, si admitimos que la protección de los individuos y la sociedad frente a la arbitrariedad estatal o de los particulares está relacionada con las condiciones materiales que hacen posible tanto el ejercicio de los derechos como la obediencia del derecho, podemos concluir que los derechos sociales juegan un papel primordial para la preservación del Estado de derecho, pues generan condiciones que permiten a los individuos profundizar el ejercicio de su autonomía. A su vez, la tesis de la cooriginalidad de los derechos civiles, políticos y sociales, cobra mayor fuerza, pues se entiende que la negación de derechos sociales implicaría restarle posibilidades al programa universalista de los derechos humanos. Desde esta óptica, atender jurídicamente la llamada *cuestión social* resulta indispensable para la teoría del Estado de derecho, en palabras Elías Díaz, es la conclusión lógica de la fuerza integradora del concepto de Estado de derecho¹⁵⁸. Según esto, los derechos sociales son una especie de aguijón metido en las entrañas de la historia del Estado de derecho.

Como hemos dicho, Gerardo Pisarello sostiene que una revisión histórica concienzuda nos haría notar que las demandas de trabajo, alimentación, vivienda salud o educación que terminan por formalizarse como derechos sociales durante el siglo XX, son demandas que ya estaban explícitas en la historia del constitucionalismo. Teorías como las de Tomás Moro, James Harrington, Thomas Jefferson, Thomas Paine o Maximilien Robespierre, según Pisarello, dan cuenta de ello¹⁵⁹. En el mismo sentido, vale la pena tomar en cuenta el análisis de Roberto Gargarella sobre la historia del constitucionalismo latinoamericano, vertido en su obra *La Sala de*

¹⁵⁷ Joseph Raz, “El Estado de Derecho y su Virtud” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 16

¹⁵⁸ Ver, Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 2011 (edición Kindle), posición 191.

¹⁵⁹ Ver, Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, España, 2011, pp. 45 - 87

Máquinas de la Constitución, pues permite notar que la preocupación por los derechos sociales no fue exclusiva de países con desarrollos industriales avanzados, sino que dicha preocupación atraviesa también la historia de las repúblicas que se fueron conformando en América Latina a lo largo del siglo XIX. Desde nuestra perspectiva, lo que describe Gargarella no sólo da cuenta de una tradición constitucionalista frecuentemente olvidada en los debates internacionales, sino que refuerza la tesis de Pisarello de la cooriginalidad e interdependencia de los derechos.

Según nos narra el jurista argentino, los debates constitucionales y constituyentes latinoamericanos nos dan evidencias de que, en la construcción de los primeros Estados de América Latina, la cuestión social tuvo un papel protagónico. Las masas empobrecidas fueron materia de debates recurrentes en México, Colombia y Argentina. En repetidas ocasiones, tanto teóricos constitucionalistas como diputados constituyentes en los diferentes países latinoamericanos señalaron la imposibilidad de realizar un Estado de derecho sin la atención debida de jornaleros, campesinos, obreros, artesanos y, en general, de las condiciones de subsistencia de las grandes masas populares. Es decir, que hubo en América Latina la visión de que, al mismo tiempo que se procuraba construir Estados en los que fuera el derecho la institución central para (re)fundar las naciones, debía atenderse con el mismo rigor el problema de la desigualdad social y de la exclusión.

Según narra Gargarella, la mayoría de las propuestas republicano – radicales o socialistas que se expresaron a lo largo de los debates constitucionales del siglo XIX fueron derrotadas políticamente por las propuestas de los liberales y los conservadores. No fue sino hasta el siglo XX que algunas de esas demandas comenzaron a adquirir forma legal tanto en las constituciones como en los códigos laborales. Con todo, la narración de Gargarella nos muestra que en América Latina resultaba especialmente clara la cuestión de la cooriginalidad de los derechos civiles y políticos, con los derechos sociales. Al respecto, vale la pena recordar los reclamos que Ignacio Ramírez le espetaba a sus compañeros constituyentes en 1857. En ellos, se recordará, calificaba de ridículos los esfuerzos por igualar jurídicamente al gran capitalista con el jornalero sin cuestionar el orden económico vigente:

Sabios economistas de la comisión: en vano proclamaréis la soberanía del pueblo mientras privéis a cada jornalero todo el fruto de su trabajo y lo obliguéis a comerse su capital y le pongáis en cambio una ridícula corona sobre la frente. Mientras el trabajador consume sus fondos bajo la forma de salario y ceda sus rentas con todas sus utilidades de la empresa al socio capitalista [...] no podrá ejercer los derechos de ciudadano, no podrá instruirse, no podrá educar a su familia, perecerá de miseria en su vejez y en sus enfermedades. En esa falta de

elementos sociales encontraréis el verdadero secreto de que vuestro sistema municipal es una quimera [...] ¹⁶⁰

Ignacio Ramírez en México, Manuel Murillo Toro en Colombia y Manuel Dorrego en Argentina señalaron con especial fuerza las limitaciones que los esquemas de Estado de derecho y de derechos humanos tendrían en sociedades tan marcadamente desiguales como las de América Latina ¹⁶¹.

A ambos lados del Atlántico se habían notado, pues, las interrelaciones entre los derechos civiles - políticos y la búsqueda de condiciones materiales de existencia dignas. La *cuestión social* buscaba llenar, en el espacio jurídico, el vacío que habían dejado los primeros esfuerzos por limitar la arbitrariedad a través de declaraciones de derechos y distribución del poder.

La búsqueda de atender jurídicamente la *cuestión social* significó también una forma distinta de pensar el derecho, según la cual, éste podría funcionar como un instrumento idóneo para solucionar problemas que tradicionalmente se habían pensado como económicos y políticos. La justicia social se volvió parte importante de la teoría jurídica en el momento en que se reconoció que la realización del Estado de derecho dependía no sólo de una correcta definición del marco institucional de división de poderes y de la garantía de los derechos civiles y políticos, sino de condiciones materiales de subsistencia que sirvieran como base para el ejercicio de los derechos de los sectores desfavorecidos y para que la sociedad en general pueda conducirse por el derecho.

6.6 Garantías legales para los derechos sociales.

Quizá ha sido más complicado, en el desarrollo de la teoría de los derechos sociales, construir un marco en el que se puedan establecer las garantías legales necesarias para realizarlos que justificar su relación con los derechos civiles y políticos. De hecho, volviendo al caso latinoamericano, es significativo que representantes de las facciones conservadoras (como Lucas Alamán en México) no se cansaran de defender que los dependientes económicos no debían tener derecho al sufragio en tanto que carecían de las condiciones materiales para ejercerlo

¹⁶⁰ Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856 -1857)*, México, 1956, pp. 470 – 471.

¹⁶¹ Ver, Roberto Gargarella, *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810 – 2010)*, Katz, Argentina, 2014, pp. 91 -121

adecuadamente. Es decir que se reconocía plenamente la relación entre condiciones materiales de existencia y ejercicio de los derechos políticos¹⁶².

Ahora, respecto del marco legal para los derechos sociales, un elemento que resulta relevante es el papel que ha tenido el poder judicial respecto a su interpretación. Tradicionalmente, los derechos sociales fueron entendidos por la judicatura como programas políticos que era deseable cumplir pero que no tenían un sentido jurídico “duro” que permitiera defenderlos en sede jurisdiccional. Esto suponía una complicación seria para el Estado de derecho y la teoría constitucional. Pues se trata de una interpretación constitucional restrictiva que termina por impedir la realización de los programas de justicia social contenidos en las constituciones. Así, la Constitución se ve diezmada en su contenido y dividida entre expectativas jurídicas realizables (derechos civiles y políticos) y programas políticos deseables (derechos sociales)¹⁶³. En alguna medida esto supone que los derechos sociales tendrían una dimensión jurídica imperfecta, si no es que inexistente.

Más aún, la pasividad de la judicatura respecto a los derechos sociales parte de una diferenciación restrictiva respecto a las actividades de los distintos poderes que conforman el Estado. Según esto, los poderes legislativo y ejecutivo serían los principales encargados de hacer cumplir los derechos sociales, mientras el judicial debería permanecer silencioso frente a las omisiones de los demás poderes para la protección de los derechos sociales¹⁶⁴, pues de lo contrario estaría interviniendo indebidamente en los campos de acción de aquellos. Se manifiesta pues una división tajante entre tipos de derechos y se establece una distinción entre derechos que pueden ser defendidos por la vía judicial y otros que sólo pueden ser defendidos por la vía política. Así, los derechos sociales quedan sujetos a la fuerza de los movimientos sociales para exigir su cumplimiento a los organismos competentes. Una relación asimétrica en la que los más desfavorecidos (quienes requieren más de los derechos sociales) se ven arrojados a una disputa por mejores condiciones de existencia en la que su principal medio de defensa y exigencia pudiera ser extralegal (toma de fábricas, cierre de caminos, etc.).

La dimensión legal de los derechos sociales es un campo de disputa aún no resuelto que suscita tensiones teóricas respecto al papel del Estado sobre todo en momentos de crisis

¹⁶² Ver, Roberto Gargarella, *La sala de máquinas...*, pp. 97 - 102

¹⁶³ Ver, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales...*, pp. 28 -29

¹⁶⁴ Quizá con la salvedad de los derechos laborales que, al tener desarrollos legales positivos más allá de la Constitución, han podido defenderse mejor en la vía jurisdiccional.

económicas profundas. Al respecto, teóricos como Manuel Atienza aseguran que es indispensable que el poder judicial encuentre vías para poder hacer justiciables los derechos, sin que ello lleve a una violación de la división de poderes. Según esta perspectiva, existen los medios legales suficientes como para asegurar que los derechos sociales no se vean comprometidos cada vez que una crisis económica sucede¹⁶⁵.

La división a la que nos enfrenta la interpretación restrictiva de los derechos sociales que hemos mencionado, podría ser entendida en términos de una diferenciación entre un derecho *duro* desarrollado legalmente a través de códigos y jurisprudencias y un derecho *suave* que, aunque contenido en las constituciones y las declaraciones internacionales de derechos, tiene mucho más desarrollo político y académico que legal. Es decir, que en parte obedece a la vieja diferenciación entre política y derecho como órdenes normativos autónomos.

Según autores como Gerardo Pisarello y Luigi Ferrajoli, esta diferenciación, tomada a rajatabla, resulta del todo pernicioso para el desarrollo de los Estados constitucionales contemporáneos. Tanto el derecho como la política tienen campos de acción específicos, pero eso no quiere decir que deban permanecer aislados. Precisamente el tema de los derechos sociales es un ejemplo de ello. Si bien es cierto que estos derechos requieren de la actividad política y administrativa de los poderes legislativo y ejecutivo para ser instrumentados, eso no quiere decir que los derechos sociales no estén sujetos a la justiciabilidad desde el ámbito jurisdiccional. Si fuera así, argumentan nuestros autores, se convertirían en dádivas estatales o principios asistenciales que permitirían el uso discrecional de ellos por parte de los poderes públicos y fomentarían una dinámica de dependencia de los *asistidos* que redundaría en su debilitamiento en materia política y civil¹⁶⁶.

El poder judicial entonces jugaría un papel fundamental en la consolidación de las demandas de justicia social en términos de derechos. La posibilidad de defender los derechos sociales en tribunales es una condición indispensable para evitar el fortalecimiento de *poderes mafiosos* y para que la sociedad pueda guiarse a través del derecho. La característica de imperio de la ley del Estado de derecho se cumple con la posibilidad de defender los derechos sociales en tribunales

¹⁶⁵ Ver, Manuel Atienza, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Pasos Perdidos, España, 2013, pp. 111 -128

¹⁶⁶ Ver, Gerardo Pisarello, “Estado de derecho y la crisis de la soberanía en América Latina. Notas entre la pesadilla y la esperanza” en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002. p. 287; y Luigi Ferrajoli “Pasado y futuro del Estado de derecho” en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 198

por dos cuestiones: en primer lugar porque con ello se reconoce que si los derechos sociales no son defendibles por la vía jurisdiccional, entonces se abre la puerta para prácticas sociales ilegales para obtener condiciones materiales de subsistencia; en segundo lugar, porque permite someter la asistencia y nivelación social realizada por el Estado al escrutinio judicial, limitando con ello las posibilidades de que los funcionarios del Estado utilicen los recursos destinados a la equidad social para otros fines.

Aunado a esto, Ferrajoli ha insistido en la necesidad de que la justiciabilidad de los derechos sociales debe poderse llevar a cabo no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional. Según esto, en un mundo de mercados globales, es absolutamente indispensable que existan poderes igualmente globales capaces de hacer valer los derechos sociales más allá de las fronteras nacionales. Para el jurista italiano, el principal obstáculo para la realización de este ideal es el estatus de ciudadanía, el cual opera como el último reducto del *privilegio premoderno* e impide la consolidación del modelo de Estado de derecho¹⁶⁷. Esto porque un mundo globalizado también puede convertirse en el escenario de la perpetración de la desigualdad si los poderes económicos no son susceptibles de regulación jurídica. Si los mercados logran establecer sus propias reglas, poniéndose fuera de los límites de las fronteras nacionales y fuera del derecho constitucional, se ponen en riesgo todos los avances que en materia de limitación de la arbitrariedad se han obtenido con el desarrollo del Estado de derecho.

Para Ferrajoli, la cuestión es que los derechos sociales pueden ser violentados no sólo por autoridades estatales, sino también por poderes internacionales frente a los cuales las personas también deben tener posibilidad de defenderse por la vía judicial. Se trata de un problema complejo y recurrente para la teoría constitucional contemporánea y que apunta directamente a las aspiraciones cosmopolitas de universalización de los derechos humanos. Si desde que se promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 se ha entendido que la protección de los derechos ha sobrepasado el ámbito nacional y, si en esa Declaración se han caracterizado a los derechos sociales como algo juridificable y por lo tanto distinto de un mero *programa político deseable*, entonces sería lógico –según Ferrajoli- que esos derechos contaran con instrumentos legales internacionales para su defensa (como también deben contar con ellos todos los derechos)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 32

¹⁶⁸ Ver, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, pp. 30 - 31

Las dificultades para establecer poderes judiciales mundiales son muchas, y no es objetivo de esta investigación ahondar en ellas. Fundamentalmente, podríamos decir que la principal se centra en la tensión que se suscita entre la soberanía de los Estados y la apuesta por un marco de derechos humanos internacional. Cuál es el límite de la soberanía de los Estados y de la intervención de organismos internacionales para la debida protección y defensa de los derechos humanos es la interrogante principal. Responder esa interrogante es difícil porque, así como dentro de las fronteras del Estado nación encontramos relaciones asimétricas entre *débiles* y *fuertes* que obligan a buscar ingenierías constitucionales complejas que impidan la exclusión de los primeros frente al poder de los segundos, también en el ámbito internacional es observable esa dinámica. Así, el problema pareciera ser cómo establecer poderes públicos internacionales que operen bajo la óptica de la racionalidad de los derechos humanos y no bajo la presión de las naciones hegemónicas.

Ferrajoli ha sido claro al apuntar que la idea de un orden constitucional mundial – que incluiría tribunales internacionales donde se pudieran defender los derechos sociales- es aún un ideal normativo que enfrenta serias dificultades a nivel teórico y empírico. Pero ello, según el jurista italiano, no debe llevarnos a retroceder en la apuesta por la protección legal nacional e internacional de los derechos sociales. Es importante reconocer en ese sentido que la dimensión de la constitucionalidad y de la legalidad ha rebasado los estándares de los siglos pasados. Especialmente en materia de derechos, si se quiere evitar reducirlos a un *programa deseable*, es necesario dotarlos de las garantías legales necesarias. Ya en 1966, Elías Díaz había anotado que una condición indispensable para la realización del Estado de derecho era que los derechos sociales se sostuvieran sobre legislaciones positivas similares a las que han tenido los derechos civiles y políticos, al menos desde el siglo XIX¹⁶⁹. Como hemos dicho, esa legalización de los derechos sociales busca limitar el poder ejecutivo respecto al uso de los recursos públicos. La propuesta de Ferrajoli, por su parte, nos invita a pensar esa limitación más allá de los límites del Estado – Nación.

Hasta el momento hemos abordado argumentos que buscan fundamentar la interdependencia de los derechos, así como argumentos que pretenden demostrar la necesidad de pensar los derechos sociales como derechos que deberían ser defendibles en sedes jurisdiccionales. Sin

¹⁶⁹ Ver, Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 2011 (edición Kindle), posición 599.

embargo, algunos de los autores que hemos analizado han señalado también la necesidad de pensar la relación entre participación ciudadana y protección de los derechos. A continuación, abordaremos este tema para subrayar las dimensiones de lucha social que giran alrededor del Estado de derecho e ir apuntalando algunas de las cuestiones que discutiremos en el capítulo III de esta investigación.

6.7 No sólo intervención del Estado: participación política y protección multinivel para los derechos sociales

Gerardo Pisarello ha sostenido que a pesar de que las garantías legales son una condición necesaria para la realización de los derechos sociales y del Estado de derecho, no son una condición suficiente. Es decir, la sola garantía legal es insuficiente para garantizar un ejercicio cabal de estos derechos. Según el jurista español, es importante que las garantías legales vayan acompañadas por *garantías extralegales* que suponen la participación activa de la ciudadanía en la defensa y promoción de los derechos.

No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar. Así, aunque el papel de las garantías políticas y jurisdiccionales es esencial para dotar de eficacia a los derechos civiles, políticos y sociales, todo programa constitucional de garantías institucionales, por más exhaustivo que fuera, resultaría incompleto, irrealista y, en última instancia, fútil sin la existencia de múltiples espacios de presión popular en condiciones de asegurarlos socialmente a través de los poderes estatales, pero también más allá de Estado y, llegado el caso, en su contra.¹⁷⁰

Esta es una tesis que permite conectar nuestro desarrollo sobre la dimensión de igualdad ínsita en los derechos sociales con la dimensión político participativa que explicaremos en el capítulo siguiente. En el fondo, lo que se defiende es que los derechos requieren no sólo del reconocimiento y protección estatal porque ésta podría retroceder según los vaivenes políticos, por ello los derechos también requieren participación y vigilancia social constante. Según Pisarello, esto sintetiza la aspiración democrática de que la construcción del derecho sea hecha también *desde abajo*, es decir, la aspiración de que las masas populares puedan participar en la definición del rumbo jurídico de su nación (y del mundo, si seguimos la lógica de Ferrajoli).

La posición de Pisarello hace eco así de lo que Rudolph Von Jhering defendiera en sus famosos opúsculos *La lucha por el derecho* y *Sobre el origen de los sentimientos jurídicos*

¹⁷⁰ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales...*, p. 123

pronunciados en Viena a finales del siglo XIX. En ellos, el jurista alemán sostuvo que ningún derecho podía proyectarse a futuro si el pueblo al que se dirigía no había luchado por ese derecho y no lo sentía como suyo. Esto es, un derecho construido únicamente *desde arriba* por élites de filósofos y juristas que establecen principios jurídicos y desde ahí deducen todo el entramado jurídico, según Jhering, no puede sino fracasar. El vínculo afectivo entre el derecho y los ciudadanos que ha sido creado por la lucha repercute directamente en la obediencia que se le presta y, por lo tanto, en la fortaleza del Estado¹⁷¹.

Jhering, como se sabe, no fue un demócrata radical, ni mucho menos, más bien un estatalista que apelaba a la justicia social al modo del canciller Bismarck. Con todo, ello no ha impedido que sus tesis impactaran en teorías políticas y del derecho con mayores aspiraciones democráticas¹⁷² y que se tomara la idea de la *lucha por el derecho* como un componente indispensable para la consolidación de un orden jurídico no elitista. Así, las teorías sobre los derechos humanos y el constitucionalismo no han hecho caso omiso de la tesis de Jhering. Al respecto, vale la pena recordar las palabras de Ferrajoli:

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que *ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales*: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo [siglo XX].¹⁷³

Desde esta óptica, tal y como piensa Pisarello, observamos que la historia de los derechos humanos (incluidos los derechos sociales) admite una formulación compleja en la que la defensa de los derechos debe ser pensada desde una perspectiva multinivel. Hay que reconocer, por supuesto, la necesidad del Estado para imponer los derechos, tal y como sostiene Elías Díaz¹⁷⁴, pero también es necesario reconocer que la defensa de los derechos no empieza y termina en el Estado, sino que éste es sólo uno de los factores necesarios para ello.

¹⁷¹ Ver, Rudolf Von Jhering, *La Lucha por el Derecho*, Cajica, Puebla, 1957, pp. 85 y ss.

¹⁷² Ver, Luis Lloredo Alix, “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf Von Jhering”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 15, 2012, pp. 231 – 258. El autor explica cómo el famoso opúsculo de Jhering ha recibido las más diversas lecturas, entre ellas Lloredo destaca la lectura *antifascista* que hizo Benedetto Croce en Italia, la lectura solidario – republicana de Leopoldo Alas “Clarín” en España y la lectura anarquista de Diego Abad de Santillán también en España.

¹⁷³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 54. Énfasis añadido.

¹⁷⁴ Elías Díaz, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 70

Así, Pisarello ha explicado que, para una protección adecuada de los derechos sociales, es necesario un esquema expansivo en el que intervengan lo estatal y lo federal, lo global y local, lo legal y lo extralegal. El punto fundamental de esta tesis es que el Estado es probablemente la institución más proclive a violentar los derechos sociales, por lo que es indispensable preguntarse cómo limitarlo sin que con ello se pierda la posibilidad de realizar los derechos. Según el jurista español, lo que se requiere es evitar que toda la distribución de recursos públicos dirigidos a la nivelación social pase por un organismo centralizado. Si se focaliza en el Estado toda la protección de derechos sociales, se alimenta un Leviatán que después será difícil de saciar. Los ciudadanos enfrentados a ese gran monstruo estatal tienen pocas probabilidades de vencer, especialmente si consideramos que los mayores interesados en la defensa de los derechos sociales serían precisamente los más desaventajados frente a él.

En ese sentido, un primer nivel de protección no estatal de los derechos sociales estaría circunscrito a los gobiernos locales. Este nivel supondría que, a nivel local, desde las gubernaturas hasta los municipios, se debería disponer de presupuestos autónomos para la atención directa de problemas de nivelación social como la salud, la educación, la vivienda. A la vez, dentro de los presupuestos locales se deberían incluir partidas cuyo destino pueda ser decidido de forma colectiva. Esto, según Pisarello, va en la tónica de una construcción jurídica *desde abajo* y permite multiplicar los medios de defensa de los derechos sociales. Por un lado, los poderes federales serían capaces de sancionar a los poderes locales que actúen de forma arbitraria o corrupta en la distribución de recursos y, por otro lado, la cercanía de los gobiernos locales respecto a los ciudadanos permitiría que éstos pudieran ejercer presiones sociales más adecuadas¹⁷⁵.

Un segundo nivel no estatal de protección de los derechos sociales sería el global. Ya hemos mencionado brevemente la postura de Ferrajoli respecto a la necesidad de protección global de los derechos sociales. En líneas generales, Pisarello no se despega demasiado de la posición del jurista italiano. Es necesario que la falta de protección de derechos sociales dentro de un Estado cualquiera pueda ser reclamada en tribunales e instituciones internacionales. Al igual que Ferrajoli, Pisarello reconoce que el avance desde esta dimensión ha sido poco. A pesar de la fundación de organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la UNICEF o la Organización para la Alimentación y

¹⁷⁵ Ver, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales...*, pp. 130 -131

la Agricultura (FAO), a nivel internacional el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y en general las grandes corporaciones financieras y las transnacionales siguen siendo quienes dirigen las políticas sobre trabajo, presupuestos públicos, etcétera. En ese sentido, lo que faltaría serían organismos que pudieran favorecer una globalización desde abajo: sindicatos internacionales, activismo internacional en favor de los desprotegidos serían algunas de las posibilidades¹⁷⁶. Se trata pues de una dimensión en la que lo institucional requiere de ser fortalecido por la participación popular.

Un último nivel de protección de derechos sociales es el de la autogestión y autotutela. Este estaría caracterizado por la intervención social directa para la obtención de los derechos sociales y se activaría especialmente cuando el Estado, las instancias locales y las globales han fallado como instrumentos de protección para los citados derechos. Ejemplos de ello, según Pisarello, han sido la formación de cooperativas de producción de consumo o empresas de autogestión que permitan a las personas *obtener por sí mismas los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales*¹⁷⁷.

Significativamente, afirma Pisarello, este ha sido el nivel de protección de derechos sociales no estatal más reprimido por las estructuras estatales tradicionales. Lo cual ha impuesto un obstáculo enorme para instrumentar una protección de derechos sociales efectivamente democrática y para consolidar las aspiraciones de un marco de derechos humanos que esté asentando tanto en las instituciones como en la cultura. Precisamente por ello, es un nivel que requiere mayor atención teórica e impulso político. Se trata de una dimensión de protección (y promoción) de derechos sociales que, si se consolidara, podría convertirse en un pilar fundamental para el Estado de derecho: por un lado, podría generar mayores lazos afectivos respecto al derecho (en el sentido pensado por Jhering) y, por otro, podría generar mayores barreras de protección frente a los posibles abusos estatales en la distribución de recursos de nivelación.

Con todo habrá que ser precavidos a la hora de defender las llamadas “defensas multinivel” que postula Pisarello, especialmente aquella en la que se pretende que las desigualdades sociales sean mediadas por cooperativas y métodos productivos de autogestión. Un peligro que se asoma entre ello es la posibilidad de descargar al Estado de su responsabilidad de garantizar los

¹⁷⁶ Ver, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales...*, p. 135

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 125

derechos sociales. Si bien pareciera atractivo o deseable no depender del Estado para igualar las condiciones de vida de las personas, ni para la obtención de los bienes indispensables para la realización de nuestra vida, cabe preguntarse hasta qué punto podríamos seguir teorizando sobre derechos sociales en un escenario como ese. Parte de lo que el Estado nos da en materia de derechos sociales es la posibilidad de pensar la garantía de estos para poblaciones numerosas y complejas, si bien esto no implica renunciar a las reflexiones locales y comunitarias sobre derechos, es importante subrayar que resulta difícil imaginar que dinámicas cooperativas y autogestivas en materia de consumo y producción pudieran resolver los problemas de nivelación social e igualdad en niveles macro.

Para finalizar anotemos lo siguiente. Todos los niveles de protección, según Pisarello, están atravesados por dimensiones de participación ciudadana. Ninguna protección se puede llevar a cabo sin la participación, pues sin ella crece la centralización del poder y por lo tanto las posibilidades de abusos. La idea fundamental es que, para que los derechos sociales no se conviertan en un instrumento de dominación y arbitrariedad operado desde el Estado, es indispensable que sean legalizados y que estén sostenidos por una cultura viva de participación. Para Pisarello, como para Díaz y el mismo Ferrajoli, la posibilidad de un Estado de derecho en el que la nivelación social no signifique ni homogeneidad social ni concentración excesiva del poder, depende de la garantía de los mecanismos de participación y de acción política. Es por ello que Gargarella ha insistido en que el *derecho de protesta es el primer derecho* y por lo cual se ha enfatizado en esta sección sobre la cooriginalidad y complementariedad de los derechos civiles, políticos y sociales. Así, como los derechos civiles y políticos requieren de los derechos sociales para ser materializados en clave democrática, los derechos sociales requieren de los derechos civiles y políticos para poder ser llevados al nivel institucional.

Esto cobra especial sentido si se piensa que la historia de los derechos humanos ha sido a veces progresiva y a veces regresiva. Ello nos indica que no existe ninguna victoria total en materia de derechos y que éstos (ya sean civiles, políticos o sociales) dependen de una participación política en clave igualitaria que permita profundizar tanto su dimensión racional a través del diálogo, como su dimensión emotiva a través de la vinculación de los ciudadanos en los procesos de creación de las leyes. En lo que sigue abordaremos el tema de la participación democrática y su vínculo con la dimensión igualitaria del Estado de derecho que es el eslabón primordial con la dimensión político participativa.

Capítulo 7. La igualdad en el terreno de la participación política (democrática)

7.1 Legitimación democrática de la legalidad: llevar la igualdad moderna a sus últimas consecuencias.

Como hemos dicho antes, la igualdad ante la ley no supone la inclusión de otros principios igualitarios dentro del Estado de derecho como lo serían la participación democrática o la justicia social. Tampoco la nivelación social o la igualdad de condiciones materiales de existencia implicarían necesariamente igualdad en sentido democrático. Sin embargo, eso no quiere decir que esas dimensiones no estén relacionadas. La igualdad ante la ley es una condición necesaria tanto para la democracia como para la justicia social, aunque de ella no se desprenda de forma obligada ni la una ni la otra. No es posible pensar la igualdad en la participación política, ni la construcción de un autogobierno, si antes no se garantiza que los ciudadanos tendrán una igual consideración en el ordenamiento legal; condiciones elementales de la democracia moderna como el sufragio universal resultan impensables sin antes haber garantizado la igualdad ante la ley, lo mismo sucede con otros derechos indispensables para la participación democrática como la protesta o la asociación. De la misma manera, la justicia social -al menos si se la piensa desde la óptica de los derechos- es inalcanzable si los ciudadanos son tratados de forma discriminatoria ante la ley; si el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda dependen de consideraciones étnicas, de clase social, de género o de cualquier otra, entonces la justicia social no se traduce en derechos sino en dádivas de algún gobierno específico, o en privilegios para algún grupo. Es decir que, si queremos garantizar los derechos políticos y los derechos sociales necesitamos que estos se formulen a través del marco conceptual de leyes igualitarias, de lo contrario la estabilidad de esos derechos estará completamente subordinada a los vaivenes políticos o a las costumbres sociales de una nación determinada.

En el apartado 2 de este capítulo trabajamos la relación de los derechos sociales y la igualdad e intentamos avanzar algunas de las aristas democráticas implícitas en ella. Ahora nos enfocaremos con más detenimiento en la cuestión de la participación política y la dimensión de igualdad que ella supone para el esquema de Estado de derecho. Al analizar dicha cuestión, haremos especial énfasis en la vinculación entre constitucionalismo y democracia. Este es un punto nodal del trabajo, pues nos permite especificar en qué sentido la participación democrática

está vinculada con la producción legítima de derecho y nos permite también profundizar la relación entre la dimensión *democrático -igualitaria* del Estado de derecho con la dimensión *político – participativa* que analizaremos en la Sección III.

Hasta el momento, al describir la cuestión de la legalidad en el Estado de derecho hemos apelado fundamentalmente a la *forma racional* que la debe caracterizar. Hemos insistido en características como generalidad, abstracción, no retroactividad, etcétera. Según lo que desarrollamos en el capítulo I de esta investigación, todas aquellas características son indispensables para construir escenarios institucionales en los que las posibles arbitrariedades que se pudieran cometer con el poder estatal estuvieran limitadas, también hemos insistido en que esas características son indispensables si se quiere pensar el derecho como el instrumento normativo primordial para la articulación y disciplina social dentro del Estado. Estas características dan legitimidad al derecho, pues permiten construirlo como un imperativo racional. Sin embargo, muy poco hemos dicho de la relación entre la producción democrática del derecho y la legitimidad de este. En parte, no hemos ahondado en esa relación hasta ahora con el objetivo de subrayar que no existe una vinculación automática entre Estado de derecho y democracia en las sociedades modernas. Otra razón para dejar el análisis hasta este apartado fue la de subrayar la relación que tiene la igualdad democrática con la legitimidad del derecho. En lo que sigue nos abocaremos a describir esa relación y a profundizar lo que aportan los mecanismos democráticos de producción del derecho para consolidar la racionalidad de este. Para ello, nos centraremos en las premisas que Jürgen Habermas expone en su texto *Facticidad y Validez*¹⁷⁸.

Según el filósofo alemán, nuestro punto de partida al hacer una inspección del Estado de derecho debe ser el de confrontar la idea de poder y la idea de juridicidad inscritas en él. En ese sentido es importante no perder de vista que, si el Estado de derecho careciera de poder, esto es, si no pudiera ejercer efectivamente la amenaza de sanción para los ciudadanos que desobedecen el derecho, todas las expectativas de una sociedad regulada por el derecho se vienen abajo. A su vez, piensa el filósofo alemán, es importante destacar que un Estado de derecho puede expresar esa amenaza, sólo en la medida en que ella se sustente en un derecho legítimamente establecido. Existe pues en el Estado de derecho una vinculación tensa entre poder y derecho. Se necesita el poder para darle fuerza vinculatoria al derecho, pero también se necesita que ese derecho esté construido legítimamente para evitar que éste sea una mera expresión del poder político.

¹⁷⁸ Ver, Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2008, especialmente Partes III y IV.

Desde luego, la dificultad que salta inmediatamente a la vista es qué es lo que significa *derecho legítimo* dentro del Estado de derecho. La perspectiva del filósofo alemán es que un *derecho legítimo* sería aquel que emana de un Estado cuyo objetivo sea ligar su dimensión administrativa (regida por el código poder) con un poder comunicativo creador de derecho, para así mantener al ordenamiento jurídico libre de la imposición de intereses particulares. Desde esta perspectiva, todo el derecho que ejecute el poder del Estado requeriría de la conformación de circuitos de participación política institucionales (parlamentos, órganos consultivos, etc.) y sociales (prensa libre, organizaciones de la sociedad civil, asambleas populares, etc.) en que la ciudadanía pudiera discutir racionalmente el contenido del derecho en igualdad de condiciones.

Esto nos pone en una dimensión problemática: suponer que un Estado de derecho requiere legitimación democrática para crear derecho. Lo problemático reside en que el Estado de derecho no está ligado de forma automática a un principio democrático; por el contrario, éste puede estar construido en clave aristocrática o incluso monárquica siempre y cuando se garantice que la legalidad se definirá con los parámetros racionales antes mencionados y con el objetivo de limitar la arbitrariedad. Así, en el siglo XIX fue muy común la defensa del modelo de Estado de derecho y el recelo frente a la democracia, pues se temía que si la soberanía estatal era definida en términos democráticos las mayorías pudieran barrer con el entramado racional del Estado de derecho¹⁷⁹.

Desde la perspectiva de Habermas, aunque en el pasado haya sido posible pensar el Estado de derecho con ciudadanía restringidas¹⁸⁰, hoy en día resulta necesario entender el Estado de derecho en clave democrática para poder asegurar su racionalidad, pues el desarrollo de las sociedades modernas ha demostrado que la restricción del espacio político no genera un derecho más racional, sino un derecho dirigido a proteger los intereses de la clase dominante.

Los mecanismos de deliberación democrática permiten que el derecho se exprese como *forma racional de dominación* y como consenso político. Así, el Estado democrático de derecho requeriría de una soberanía popular limitada por *circuitos de comunicación carentes de sujeto*. Es

¹⁷⁹ Cfr. Maurizio Fioravanti, *Constitución*, Trotta, España, 2001, pp. 132 -148.

¹⁸⁰ De hecho, uno de los argumentos de Habermas en *Historia y Crítica de la Opinión Pública* es que los circuitos de comunicación que originalmente funcionaron para la construcción del Estado de derecho en clave burguesa, tenían una estructura tal que no era posible pensar que, con el paso del tiempo esos espacios se ampliarían progresivamente a sectores amplios de la sociedad hasta lograr un espacio público totalmente democrático. Por su parte, Oskar Negt y Alexander Kluge, en su obra *Public Sphere and Experience*, sostienen que a la par del desarrollo del espacio público burgués, se fue desarrollando un espacio público plebeyo y proletario. Según los autores este último espacio terminaría por confrontar al primero ampliándose así el terreno de la democracia.

decir, un poder democrático que para definir el derecho racionalmente, requiere de órganos comunicativos que garantizarán la circulación de deliberaciones para la toma de decisiones y que no estarán maniatados por la voluntad particular de ninguna facción política o por algún poder externo¹⁸¹. La soberanía popular debe poder institucionalizarse en el Estado de derecho para asegurar el vínculo entre el poder administrativo y el poder comunicativo que le daría legitimidad plena al derecho.

La apuesta del filósofo alemán consiste en evitar que el Estado de derecho pudiera configurarse como un entramado legal - racional donde estén protegidas ciertas libertades individuales frente a la arbitrariedad del Estado, pero no se encuentre asegurado el ejercicio de *autonomía pública* que él considera fundamental para legitimar y preservar el derecho. Sin la participación democrática, “sin las iniciativas de una población *habituada* a la libertad las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan”¹⁸². A la vez, la apuesta por la legitimidad democrática del derecho está limitada normativamente por el esquema de Estado de derecho, de tal suerte que el ejercicio de la autonomía pública no podría convertirse en una expresión contraria a los derechos individuales sin perder su legitimidad.

Según el filósofo alemán, para poder explicar el retraso con el que la democracia entra al Estado de derecho, es preciso comprender que el modelo predominante de Estado de derecho decimonónico del siglo XIX es el de un Estado legal. Esto es, un Estado en el que las proyecciones democratizadoras de la Constitución se entienden como programas políticos deseables, pero que no son necesariamente indispensables para asegurar la consolidación de un gobierno no arbitrario y legítimo. Esto supuso el aplazamiento de la realización de la autonomía pública en pro de una autonomía privada que se nos presenta como *neutral* y como tal, símbolo preeminente de lo jurídico. En palabras del propio Habermas:

Desde Hobbes las reglas del derecho privado burgués, basado en la libertad de contrato y en la propiedad, se consideran prototipo del derecho en general. También Kant parte en su teoría del derecho de derechos subjetivos naturales que otorgan a toda persona la capacidad de ejercer coerción contra las vulneraciones de sus libertades de acción, que esos derechos aseguran¹⁸³.

Pero los siglos XX y XXI nos han presentado escenarios en los que se ha transitado hacia otra concepción en la que la Constitución se ha logrado instrumentar como derecho positivo. De tal

¹⁸¹ Ver, Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 203

¹⁸² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*p. 197

¹⁸³ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 90

suerte que ya no es posible pensar el Estado de derecho en nuestro tiempo pretendiendo sacar a la autonomía pública del terreno de juego, ya que, en palabras de Habermas “el Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical”¹⁸⁴.

Según esto, es indispensable vincular Estado de derecho con democracia radical porque ella pretende funcionar como un *procedimiento de entendimiento no-violento* que desencadena la fuerza de la libertad comunicativa, he ahí la razón para establecer la soberanía popular como el fundamento legítimo del derecho. La racionalidad legal de un Estado democrático de derecho se vincula entonces con la teoría del discurso que favorece la construcción de un Estado donde se promueve la discusión. Esto es, donde el consenso nace como consecuencia de la contraposición de argumentos y de la negociación, ahí podemos asegurar que hay un derecho con un fundamento racional.

Volvamos ahora la mirada a la reflexión habermasiana sobre el Estado moderno y su vinculación con el constitucionalismo y la democracia. El punto de partida de Habermas es el análisis de las características de la legalidad en el Estado moderno. En él, según su perspectiva, la ley se construye como abstracta y general, lo que presupone un trato igual para todos los ciudadanos. Esta característica ha permitido al derecho moderno generar -con leyes- conductas que antes se exigían a los individuos a través de horizontes normativos como la moral. Es decir, desde esta concepción, el derecho ha podido conformarse como un marco normativo que aspira a la universalidad. En palabras del propio Habermas: “[...] el derecho moderno opera un desplazamiento por el que lo que antes se exigía normativamente a los individuos, los cuales de este modo quedan, por así decir, moralmente exonerados, se transforma en exigencias que ahora se hacen a las leyes, las cuales han de asegurar las libertades de acción”¹⁸⁵.

La igualdad de trato impone a las leyes el objetivo de asegurar la compatibilidad de *iguales libertades de acción*, es decir que las leyes deben construir un mundo de individuos cuyos derechos no dependen del estamento o gremio al que pertenezcan (característica típica del orden

¹⁸⁴ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 61

¹⁸⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 148

jurídico medieval)¹⁸⁶. Esto en buena medida engloba el programa liberal respecto al Estado de derecho que ha dado vida a los derechos subjetivos en el Estado moderno: protección de la vida, la libertad, la propiedad (tanto su adquisición como su transmisión).

Pero el Estado moderno no tiene que enfrentarse únicamente a la dimensión de las libertades individuales, sino también al de las libertades políticas propias de las sociedades democráticas. Así, según Habermas, es indispensable considerar que los ciudadanos no sólo requieren construir un sistema de derechos subjetivos que limiten la discrecionalidad de la autoridad estatal, sino que también requieren producir colectivamente las normas bajo las cuales se regirán. De tal suerte que la legitimidad de las normas depende tanto de las limitaciones a la arbitrariedad como de los procesos de entendimiento entre los ciudadanos. La autoridad del derecho en un Estado moderno apunta a dos horizontes de racionalidad : el de las libertades individuales (derecho natural) y el del consenso democrático (racionalidad dialógica).

Así, para Habermas es indispensable que en el Estado moderno los derechos subjetivos se complementen con un derecho que integre a los individuos en contextos de acción que los vinculen con sus conciudadanos. Para ello es necesario:

- 1) Asegurar instituciones jurídicas de las que todos los individuos puedan ser miembros (derecho de asociación).
- 2) Intersubjetividad, esto es el reconocimiento recíproco de cada individuo como persona (sujeto de derechos).
- 3) Comprender que el derecho subjetivo (derechos de los individuos) y el derecho objetivo (aquel con el que se organiza el Estado y el espacio público) son cooriginales. Es decir, que no pueden existir los derechos subjetivos sin un poder común.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Siempre ha sido una prerrogativa del derecho la *compatibilidad de libertades*, la cuestión es que el derecho moderno, al plantear un modelo de libertades individuales igualitarias, rompe con el modelo medieval de compatibilidad de libertades entre los estamentos constitutivos del cuerpo político. Para los medievales, la dificultad se centraba en cómo hacer compatibles los derechos particulares de cada uno de los distintos reinos, comunidades, estamentos y gremios que podían convivir dentro de un territorio determinado sin la presencia de un poder estatal. La crítica del ordenamiento medieval emprendida por teóricos como Bodin o Hobbes va precisamente contra esa diversificación jurídica, que para ellos implicaba un caos normativo, cuya superación implicaba la creación de un Estado capaz de dictar leyes generales dirigidas a individuos. Así, la dificultad de la legalidad para la modernidad ha consistido en coordinar sociedades donde los individuos tienen aspiraciones jurídicas igualitarias, lo cual en parte explica la evolución de los derechos humanos. Respecto a la *compatibilidad de libertades medieval*, remitimos al texto *Constitución* de Maurizio Fioravanti y a *Europa y derecho* de Paolo Grossi.

¹⁸⁷ Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, pp. 153 -154

De tal suerte, habría que concluir, según Habermas que la *legitimidad de la producción del derecho* radica en un proceso democrático de creación. En ese sentido, la racionalidad y universalidad del derecho dependerían no sólo de que el derecho se exprese en forma de ley general abstracta haciendo compatibles *iguales libertades de acción*, sino también en que el proceso de creación de derecho incluya el entendimiento normativo entre ciudadanos.

Lo cierto es que existe una tensión no resuelta entre la autonomía privada a la que se encaminan los derechos subjetivos y la autonomía pública a la que se encamina la creación democrática del derecho. Se trata de una tensión de lo que Habermas llama “posición liberal” y “posición republicana” respecto a los derechos. Dichas posiciones, según su perspectiva, no son categorías cerradas sino simplificaciones de posiciones complejas, pero que funcionan para explicar lo que se juega en la batalla por los derechos en el Estado moderno. La tensión se expresa de la siguiente manera:

- a) Posición liberal: auto-determinación moral. Los derechos humanos son garantías de libertades pre-políticas contra la tiranía de la mayoría.
- b) Posición republicana: la soberanía popular es una institución de autorrealización ética. Los derechos humanos son obligatorios en la medida en que la comunidad se haya apropiado de ellos conscientemente.¹⁸⁸

Con todo, no se trata de un problema conceptual irreconciliable pues la autonomía moral que se expresa en el plano individual es equiparable en el plano de la constitución de una sociedad con la libertad política o la auto-legislación democrática. Se trata pues de dos dimensiones jurídico-políticas que no se encuentran incomunicadas, sino que ambas pueden interconectarse para construir un sistema de derechos que proteja tanto la autodeterminación moral como la soberanía popular.

El fundamento de un sistema de esa naturaleza sería el siguiente: la autonomía privada no es ilimitada, ni se encuentra desconectada del ámbito público, sino que encuentra un límite “allí donde el sujeto jurídico tiene que empezar a dar cuenta y razón, hasta allí donde tiene que dar razones públicamente aceptables de sus planes de acción”¹⁸⁹. En su contraparte, ninguna soberanía popular podría actuar como si las libertades del individuo fueran dispensables por las

¹⁸⁸ Ver, Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, pp. 164 -165

¹⁸⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p.186

mayorías, pues si violentaran los derechos, dicha soberanía se constituiría como una asamblea de personas que gobiernan contra sí mismas. Según el filósofo alemán, ninguna de las posiciones sobre los derechos humanos pueden entenderse de manera aislada. Esto se explica mejor al desentrañar lo que supone la idea de la auto-legislación del ciudadano:

- a) Todos los ciudadanos deben poder entenderse como autores del derecho del que son destinatarios.
- b) Para cumplir esto, el *derecho a iguales libertades* debe entenderse como algo distinto a un *derecho moral* que el legislador se limitó a positivizar.
- c) Producción políticamente autónoma del derecho, es decir producción no-paternalista, permite que los destinatarios comprendan el sentido del orden jurídico y que tengan motivos racionales para obedecerlo.¹⁹⁰

De tal suerte que, ni los derechos pre-políticos de la “posición liberal” pueden entenderse como *verdades reveladas* de las que el legislador es sólo su instrumento, ni la autorrealización ética de la “posición republicana” puede llevarse a cabo sin atender los presupuestos racionales necesarios para la obediencia del derecho (en los que se incluyen los derechos pre-políticos liberales). Tal y como dice Habermas:

Si se introduce el sistema de los derechos de este modo, se vuelve comprensible la copertenencia de soberanía popular y derechos del hombre, es decir, la cooriginalidad de autonomía política y autonomía privada. Ni el ámbito de la autonomía política de los ciudadanos viene restringido por derechos naturales o morales que, a fuer de tales, sólo estuviesen esperando a que se les diese forma positiva, ni tampoco la autonomía privada del individuo queda simplemente instrumentalizada para los fines de una legislación soberana.¹⁹¹

Así, la construcción de un sistema de derechos donde autonomía privada y pública se encuentren interconectadas es posible si el derecho es creado democrática y racionalmente. Es decir, es posible cuando la voluntad política se expresa a través de un mecanismo comunicativo en el que los miembros de la comunidad participan en discursos racionales, examinando *si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados*¹⁹².

¹⁹⁰ Ver, Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, pp. 186 - 187

¹⁹¹ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 193

¹⁹² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 169

Según Habermas, el fundamento de ello son los dos siguientes principios:

- a) Principio del discurso: son válidas aquellas normas en las que todos los que puedan verse afectados por ellas pueden prestar su asentimiento como participantes de discursos racionales.
- b) Principio democrático: son normas válidas las que en un proceso discursivo de producción de normas puedan encontrar asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica.¹⁹³

En la teoría de Habermas el *principio del discurso* funciona como el presupuesto trascendental para la elaboración de normas de cualquier índole: moral, religiosa, política, jurídica, etc. Mientras el *principio democrático* opera como la especificación del *principio del discurso* en el ámbito jurídico. Con esto, lo primero que habría que reconocer es que el espectro normativo jurídico está limitado a una comunidad jurídica determinada (facticidad del derecho) y no aspira al grado de universalización al que aspiraría la moral. Dice Habermas:

Las reglas jurídicas, a diferencia de las reglas morales, no norman interacciones posibles entre sujetos capaces de lenguaje y de acción *en general*, sino los contextos de interacción de una sociedad concreta. Esto se sigue ya del propio concepto de positividad del derecho, es decir de la facticidad de la producción del derecho y de la imposición del derecho. Las normas jurídicas provienen de resoluciones de un legislador histórico, se refieren a un ámbito jurídico geográficamente delimitado y al colectivo de miembros de una comunidad jurídica, socialmente delimitado, y, por tanto, a un ámbito restringido de validez.¹⁹⁴

Pero esto no quiere decir que se deba renunciar a la posibilidad de construcciones universales del derecho, por el contrario, el *principio democrático* es fundamental para la construcción de un derecho no sólo legal, sino legítimo (validez del derecho). El *principio democrático* permite además aproximarse a una solución del dilema entre la “posición liberal” y la “posición republicana”, pues obliga a la construcción de un sistema de derechos que asegure a todos igual participación en el proceso de producción de normas jurídicas a través de la institucionalización de la opinión y voluntad política. Esto es, el *principio democrático* implica que en una democracia la elaboración de normas jurídicas no puede responder únicamente a la conformación de mayorías políticas, sino a la posibilidad de consenso racional. Dice Habermas:

¹⁹³ Ver, Jürgen Habermas, *Op. Cit.* pp.172 -177

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 190

Resumiendo, hay que decir que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, junto con los correlatos que representan los derechos de pertenencia a una comunidad jurídica y las garantías relativas a procedimientos, establecen como tal el código que es el derecho. En pocas palabras: no hay derecho legítimo sin estos derechos.¹⁹⁵

Desde esta perspectiva, los derechos de autonomía privada están protegidos de la *tiranía de la mayoría* en la medida en que dichos derechos son una precondition para establecer un marco institucional de deliberación racional. Desde la óptica de Habermas, de lo que se trata es de fortalecer la autonomía privada alejándola de presupuestos metafísicos y fortalecer la autonomía pública alejándola de *voluntades mayoritarias irracionales*. Los derechos entonces, para corresponderse con los principios de validez, no pueden ser ni copias exactas de derechos morales (pre-políticos), ni mera decisión mayoritaria. Más aún, tanto autonomía privada, como pública se presuponen mutuamente:

El principio del discurso sólo puede adoptar la forma de un principio de democracia o principio democrático a través del medio que representa el derecho si ambos, es decir, principio del discurso y el medio que es el derecho, se ensamblan, entrecruzan y entrelazan el uno con el otro, convirtiéndose en, y *desarrollando* un, sistema de derechos que ponga a la autonomía privada y a la autonomía pública en una relación de presuposición recíproca.¹⁹⁶

Para Habermas, las condiciones de racionalidad, así como el consenso, son indispensables al pensar las problemáticas de legitimación de los Estados modernos, pues en ellos se pretende que sea el derecho la institución preponderante para coordinar las acciones de los ciudadanos. En ese sentido, es importante subrayar que el derecho moderno se configura como un saber institucional frente a la moral que se configura como un saber cultural¹⁹⁷. La obligatoriedad del derecho depende de la racionalidad y el consenso, como ya habíamos dicho, pero también de la capacidad institucional de accionarlo que reside tanto en la efectividad coercitiva del Estado, como en la participación de los ciudadanos en su creación. Así, desde la perspectiva de Habermas la obligatoriedad del derecho depende de la elaboración de un *saber institucional jurídico* en el que la autonomía pública no se encuentre desligada de la privada. Es decir, la construcción de un Estado donde acción política y derechos fundamentales estén íntimamente ligados generaría un *Estado democrático de derecho*.

¹⁹⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 191

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.194

¹⁹⁷ *Ver*, Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, pp.170 - 172

7.2 Teoría del discurso y la relación entre poder y derecho.

Para Habermas, la cuestión principal que ha de resolver una teoría del discurso sobre el Estado de derecho es la intercomunicación entre el código poder y el código derecho. Esto implica reconocer que el hecho de que el poder político y el derecho se constituyan de forma recíproca lleva a la posibilidad de que el derecho sea utilizado conforme a las estrategias del poder. Dada esta circunstancia el filósofo alemán concluye lo siguiente:

La idea de Estado de derecho exige, en movimiento contrario a ése [el del derecho utilizado como estrategia de poder], una organización del poder público que fuerce a su vez a la dominación pública articulada en forma de derecho a legitimarse recurriendo al derecho legítimamente establecido. Ciertamente, el código que es el derecho y el código que es el poder han de hacerse continuas aportaciones el uno al otro para poder cumplir cada uno sus propias funciones. Pero estas relaciones de intercambio se nutren de una producción legítima de derecho que, como hemos visto, está hermanada con la formación de un poder comunicativo.¹⁹⁸

Pero el derecho no sólo es la fuente de legitimación del Estado, sino el medio para que el poder comunicativo pueda transformarse en poder administrativo. De tal suerte que el Estado de derecho supone un poder político que se desarrolla según los principios para crear derecho legítimo a través del poder comunicativo y, a su vez, un poder comunicativo que se convierte en administrativo por la vía del derecho. Es decir que el derecho funciona como la unión entre la dimensión legitimadora de la soberanía popular y la dimensión política de la misma soberanía. Es el derecho entendido como mecanismo discursivo el elemento fundamental para que el Estado de derecho pueda construirse en clave democrática, evitando la posibilidad de que la soberanía popular devenga en tiranía.

Para especificar estas relaciones, el filósofo alemán enumera cuatro principios con los cuales pretende explicar el vínculo entre el Estado de derecho y la institucionalización jurídica de la red de discursos y negociaciones del poder comunicativo:

Principio 1: Soberanía popular.

La *soberanía popular* funciona como una bisagra entre el sistema de los derechos y el Estado democrático de derecho. Así, todo poder político deriva del poder comunicativo, esto es, de un

¹⁹⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 237

procedimiento democrático pluralista que otorga legitimidad al ordenamiento jurídico. Tal y como dice Habermas:

El ejercicio de la dominación política se rige y legitima por las leyes que los ciudadanos se dan a sí mismos en una formación discursivamente estructurada de la opinión y la voluntad. Esta praxis cuando se la considera como un proceso de resolución de problemas, debe su fuerza legitimadora a un *procedimiento democrático* que tiene por fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas.¹⁹⁹

Según esto, la racionalidad obtenida del consenso democrático vendría de una *red de formas de comunicación* en la que todas las diferentes posturas, consideraciones y aportaciones relevantes respecto a un tema puedan tener un espacio de expresión y de negociación en los que se pueda obtener la mejor información y las mejores razones posibles para la toma de una decisión. Lo cierto es que un ejercicio de soberanía popular en este sentido, si se interpreta desde la perspectiva del poder, requeriría de un acuerdo surgido de una confrontación *cara a cara* de toda la ciudadanía. Pero también es cierto, dice Habermas, que es imposible que todos los ciudadanos participen en todos los procesos de creación de leyes, por lo cual se requiere de parlamentos donde puedan estar representadas las diferentes voces para poder tomar los acuerdos y negociaciones necesarias.

A su vez, los parlamentos deben regularse conforme a principios que aseguren “condiciones comunicativas para los discursos pragmáticos, éticos y morales, por un lado, y las condiciones de la negociación *fair*, por otro”²⁰⁰. Además, deben garantizarse tanto el pluralismo político como espacios para la opinión pública abiertos a todos los ciudadanos con el fin de controlar al parlamento. Según Habermas, la garantía de espacios públicos autónomos, la competencia entre partidos y el principio parlamentario agotan el principio de soberanía popular.

Principio 2: garantía de una comprehensiva protección de los derechos individuales.

Las comunicaciones políticas entre ciudadanos, explica Habermas, “se extienden a todos los asuntos que sean de interés público, pero desembocan finalmente en las resoluciones de los

¹⁹⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 238

²⁰⁰ Jürgen Habermas, *Op.Cit.*, p. 239

cuerpos legislativos”²⁰¹. La voluntad política se explica entonces por la construcción de normas; por una parte, porque el sistema de derechos que se han reconocido los ciudadanos sólo puede interpretarse y desarrollarse mediante leyes; por otra parte, porque el Estado sólo puede regularse mediante leyes. Pero las leyes no son únicamente el reflejo de la voluntad política sino la base de pretensiones jurídicas individuales, las cuales se observan primordialmente en la aplicación de las leyes a casos particulares. Así, una protección comprehensiva de los derechos individuales implica la separación entre la legislación y la administración de justicia pues los discursos de fundamentación (legislativos) y de aplicación (judiciales) se construyen con lógicas discursivas distintas. Es decir que se requiere de una distinción entre los discursos participativos que dan legitimidad a la legislación y los discursos resolutivos que dan legitimidad a una decisión judicial.

En el discurso judicial lo que se requiere es tomar “una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta mejor a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes”²⁰². En estos discursos, el juez actúa como el representante de una comunidad jurídica imparcial y está encargado de justificar una sentencia ante un *espacio público jurídico ilimitado* después de que las partes en conflicto hayan podido presentar todos los aspectos problemáticos de la situación. Además, el tribunal debe contar con los recursos disponibles para la ejecución de la sentencia (medios de represión del Estado), lo que convierte al poder judicial también en un poder administrativo. Por ello, concluye Habermas, poder legislativo y judicial deben estar separados, pues si el poder legislativo pudiera también administrar justicia se estaría convirtiendo en un poder totalizante que impediría la realización de juicios imparciales.

Principio 3: legalidad de la administración.

Para el filósofo alemán este principio es el que da sentido pleno a la *división de poderes* característica del Estado de derecho. La legalidad es el límite democrático al poder administrativo en tanto que ella depende del consenso racional democrático, lo que provoca que el poder administrativo no pueda regenerarse sino es con el poder comunicativo de los ciudadanos.

²⁰¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 240

²⁰² *Ibidem*.

La limitación del poder ejecutivo se expresa, según Habermas, en dos aspectos. Primero, en la llamada *reserva de ley* que indica que órdenes, estatutos, disposiciones que provengan del Ejecutivo y estén opuestas a una ley serán nulos. Esto implica que las premisas para las decisiones administrativas ya están definidas previamente por una legalidad que se ha construido democráticamente y “prácticamente significa que el poder administrativo no puede intervenir en los procesos de producción del derecho (ni de administración de justicia)”²⁰³; segundo, en el *principio de prohibición de la arbitrariedad intraestatal*, el cual indica que los decretos y órdenes jurídicas del poder administrativo están sujetos a un orden especial de derecho administrativo, todo esto con la finalidad de que el ejecutivo no pueda intervenir en los órdenes discursivos legislativos o judiciales. La administración, dice Habermas, tiene sentido solo en la medida en que posibilite institucionalizar los discursos legislativos y de justicia.

Finalmente, el poder ejecutivo se constituye como un pilar para la defensa de la autonomía privada del individuo frente al aparato estatal. Esto porque los derechos que los ciudadanos empiezan a reconocerse mutuamente terminan por impactar las relaciones entre la ciudadanía y el orden estatal. Es decir que una vez que se ha construido un sistema de derechos en el que se pretende de inicio la garantía de *iguales libertades subjetivas de acción* y se ha constituido un poder ejecutivo, la consecuencia es que dicho poder ya no sólo está limitado por el control parlamentario, sino también por la posibilidad de que cada individuo impugne violaciones a su autonomía privada especialmente a través del *recurso de amparo* o la *revisión judicial*.

Principio 4: separación entre Estado y sociedad

Este último principio resulta definitivo para la teoría de Habermas en la medida en que se trata de un engranaje decisivo para que puedan confluír las posiciones republicana y liberal respecto a los derechos y el Estado. Esto porque el principio interpretado desde una posición liberal apunta a que el Estado garantice la seguridad interna y externa “dejando todas las demás funciones a una sociedad que, centrada en la economía, se gobierna a sí misma”²⁰⁴. En cambio, desde una posición republicana, la distinción entre Estado y sociedad se conforma como garantía jurídica de autonomía social, esto es de igual oportunidad de hacer uso de derechos de comunicación y participación política.

²⁰³ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 242

²⁰⁴ *Ver*, Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 243

Habermas niega que la autonomía social implique una especie de auto-regulación de la sociedad en términos económicos “con la esperanza de que a través de decisiones que se tomen basadas en preferencias personales se generen estructuras sociales justas”²⁰⁵. Desde su perspectiva, la sociedad civil debe comprenderse de forma abstracta, es decir, como una estructura asociativa y una cultura política desconectada de la estructura de clase que busca amortiguar la desigual distribución de las posiciones de poder social. Esto implica tener en consideración que el poder social puede facilitar o restringir la construcción de un poder comunicativo; facilita si demuestra su capacidad para poner en práctica libertades de acción y comunicación (por ejemplo, haciendo creíbles sus promesas en las negociaciones políticas); restringe si se ejerce para que ciertos grupos de poder impongan sus intereses directamente en la administración o los impongan de forma indirecta manipulando la opinión pública. Por ello, el poder social debe imponerse sólo “en la medida en que facilite y no restrinja, el ejercicio de la autonomía ciudadana”²⁰⁶.

Así, la separación entre Estado y sociedad es indispensable no sólo para asegurar la libertad del cuerpo social, sino también para que el Estado no quede reducido a un *partido más entre los partidos*. Tal y como dice el filósofo alemán, “la idea de que el poder del Estado podía elevarse como un *pouvoir neutre* por encima de las fuerzas sociales, fue siempre ya ideología”²⁰⁷, sin embargo, eso no debe llevarnos a convertir al Estado en un “participante más dentro de arreglos corporativistas provocando que abandone la pretensión de realizar justicia política por vía de ejecutar el derecho legítimamente establecido”²⁰⁸. Siendo esto así, el principio de separación entre Estado y sociedad funciona como engranaje entre las posiciones republicana y liberal en la medida en que, por un lado, asegura el desarrollo de la soberanía popular al proteger la condición del Estado como representación del todo y, por otro lado, asegura la posibilidad de un ejercicio de autonomía social que permita una limitación constante a la arbitrariedad estatal sobre los individuos.

Para finalizar, quisiera subrayar cuatro observaciones que hace Habermas sobre las consecuencias y dificultades prácticas que presenta el modelo de *Estado democrático de derecho*, principalmente porque en ellas se explican las limitaciones para presentar al Estado democrático

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 243

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 244

²⁰⁸ *Ibidem*.

de derecho como un modelo susceptible de universalización, pero también ciertas dimensiones de participación democrática que explicitan por qué es necesaria la igualdad política para la consolidación del Estado de derecho.

La primera es que la construcción del Estado de derecho tiene como finalidad la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad, lo que conlleva un sistema de derechos que garantice la convivencia de ciudadanos libres e iguales asociados en una comunidad jurídica. Así, las instituciones del Estado de derecho deben asegurar: autonomía política de ciudadanos socialmente autónomos; que el poder comunicativo surja de una voluntad racional y se manifieste a través del poder legislativo; que el poder comunicativo pueda circular en la sociedad a través de la implementación administrativa de programas legislativos permitiéndole desarrollar su fuerza sociointegradora. Siendo esto así, en el Estado de derecho el derecho se erige no sólo como una institución de mediación entre el poder político y la sociedad, sino en una institución transformadora encargada de fortalecer “los débiles golpes de flujo sociointegrador de un mundo de la vida comunicativamente estructurado”²⁰⁹. Es decir, que el derecho se constituye como un aparato que da la posibilidad de que la sociedad pueda ir diseñando su futuro.

La segunda es que el Estado de derecho, al institucionalizar el uso público de libertades comunicativas, da certeza sobre qué comportamiento se espera, cuándo se puede realizar y qué puede exigir un miembro a otro, pero también da reglas que estipulan los procedimientos de cooperación: conclusión de contratos; fundación de una asociación; deliberaciones parlamentarias; negociaciones salariales. Así, en el Estado de derecho la institucionalización de libertades comunicativas no sólo funciona como elemento de legitimación del derecho, sino como medio para la coordinación social y como condición para procesar los conflictos de forma pacífica.

La tercera es que el modelo de Estado democrático de derecho no puede evitar enfrentarse a la regla de la mayoría, pues ningún poder comunicativo por extendido que se encuentre puede aspirar a un consenso racional total. Así, deben establecerse dos condiciones claras para la ejecución de esta regla; la primera es que no pueden soslayarse derechos de las minorías en pro de la efectividad de la regla de mayoría; la segunda es que la deliberación parlamentaria debe estar sometida a la ponderación equitativa de intereses, el auto-entendimiento ético de los participantes y la fundamentación moral de los razonamientos.

²⁰⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, p. 245

La cuarta es que el Estado de derecho podrá realizar el proyecto de una asociación de iguales y libres si los principios de dicho Estado pueden fusionarse con las mentalidades (históricas) de los ciudadanos. Así, a pesar de todas las pretensiones de universalización ínsitas en el modelo de *Estado democrático de derecho*, debe tenerse bien clara la distancia entre la justificación teórica del modelo y las limitantes empíricas para su aplicación.

Aunado a estas observaciones habría que decir que, frente a la crítica de Marx o de Schmitt al Estado de derecho sintetizada en la fórmula “el Estado de derecho es un Estado burgués de derecho”, Habermas nos presenta un modelo de comprensión del Estado de derecho que aunque no niega sus condiciones socio-históricas es capaz de plantear posibilidades de universalización a través de la interdependencia de *tradiciones de derechos*. Con ello Habermas mantiene abierta la posibilidad de pensar la autoridad del derecho sin apelar a entidades supra-políticas para darle legitimidad al orden jurídico y sin supeditar la autoridad del derecho a las mayorías políticas dominantes. Se valora pues tanto la dimensión política del Estado de derecho como su dimensión filosófico racional. La democracia que plantea Habermas, al constituirse como fuente de legitimación del derecho, nos obliga a repensar las condiciones que requieren los consensos para que estos sean racionales, pero también a valorar los acuerdos y negociaciones como medios para procesar la conflictiva pluralidad social.

En lo que sigue, revisaremos las posturas de Elías Díaz y Roberto Gargarella que pensamos pueden ayudar a profundizar la dimensión democrático igualitaria del Estado de derecho y a relacionar la cuestión de la justicia social con la democracia que hemos trabajado en las secciones anteriores.

7.3 La fuerza integradora del Estado de derecho

Desde la perspectiva del jurista español Elías Díaz, la conjunción entre Estado de derecho y democracia, aunque no carece de tensiones, es la conclusión lógica de la fuerza integradora del concepto de Estado de derecho²¹⁰. Según esto, el Estado de derecho, gracias a su formulación racional, integra de forma natural todos los elementos que son necesarios para combatir la tiranía gubernamental, la injusticia social y garantizar la igualdad entre los ciudadanos. Para entender esto, Díaz propone analizar el concepto de Estado de derecho por fases: la liberal, la social y la democrática.

²¹⁰ Ver, Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 2011 (edición Kindle), posición 191.

En su primera fase, la liberal, el Estado de derecho funciona como un modelo jurídico-político que se opone al modelo de Estado absoluto a través de un esquema de derechos y distribución del poder que privilegia a la burguesía y reconoce sólo formalmente los derechos de toda la población. En su desarrollo, dicho modelo integrará los llamados derechos sociales para la protección de los más desfavorecidos (Estado social de derecho) y finalmente incluirá la participación democrática como fundamento para la legitimidad del Estado y la garantía de los derechos de todos los ciudadanos (Estado democrático de derecho). Es importante subrayar que, para Díaz, este desarrollo se explica por una tensión constante entre constitucionalismo, capitalismo y sociedad de masas que va haciendo cada vez más patente las problemáticas que el individualismo liberal le provoca al Estado de derecho. Dichas problemáticas se intentarán resolver primero a través de un Estado social en el que el poder ejecutivo tendrá un papel protagónico para configurar técnicas de redistribución y nivelación. En un segundo momento, tras comprender los riesgos de fortalecer al poder ejecutivo para realizar las labores de nivelación social, el Estado de derecho devendrá democrático colocando a la participación popular (tanto política como económica) como vía idónea para proteger derechos, distribuir el poder, garantizar la legalidad de la administración y el imperio de la ley.

Según la perspectiva de Elías Díaz, para entender cómo es que el modelo de Estado de derecho logra integrar un elemento que le es ajeno e incluso opuesto como lo es el de la democracia, es indispensable reconocer que la configuración liberal del Estado de derecho no agota las posibilidades para combatir la arbitrariedad y que incluso es capaz de construir nuevas formas de ejercicio arbitrario del poder²¹¹. La formulación liberal del Estado de derecho es sólo la primera manifestación de un modelo anti absolutista e igualitario de Estado donde están protegidos los individuos a través de un esquema de derechos fundamentales. El problema de este modelo es que, al vincular la idea de limitación de la arbitrariedad con la idea de no intervencionismo económico termina por operar restricciones de derechos para grandes sectores de la población, de lo que deriva un cuestionamiento a la universalidad del Estado de derecho y la obligación de replantear la posición del Estado frente al individuo: el individuo depende cada vez más del Estado y menos de sí -dice Díaz- he ahí la necesidad de que aquél intervenga para

²¹¹ Ver, Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 2011 (edición Kindle), posición 558 - 572.

proporcionar medios materiales de subsistencia a los individuos más desfavorecidos²¹².

Así, la formulación liberal clásica de Estado de derecho en la que se busca proteger a los individuos de la arbitrariedad del poder político a través de derechos que garanticen espacios intocables de libertad, requiere flexibilizarse en cuanto a las posibilidades de intervención estatal con la finalidad de que la igualdad en materia de derechos no quede obstaculizada por las desigualdades de facto generadas por el desarrollo de las individualidades. Así, es necesario reconocer, según Díaz, que los derechos individuales no pueden entenderse como desarrollo desregulado de la competencia entre los individuos y que, ante la desigualdad material, son necesarios mecanismos jurídicos para la protección de los más desfavorecidos: los derechos sociales.

Ahora, la cuestión es que si los mecanismos de nivelación social no se someten a los principios racionales del Estado de derecho y se instrumentan como políticas públicas en las que el poder ejecutivo toma un lugar preeminente para el control de la actividad económica y social, corremos el riesgo de romper los equilibrios políticos del Estado y de debilitar la deliberación parlamentaria. Adicionalmente, piensa Díaz, esa preeminencia de la administración genera un énfasis en la técnica con la que se pretende haber superado a las ideologías, lo que tiende a empobrecer el trabajo político y ocultar antagonismos sociales sin resolverlos. A su vez, en el terreno histórico las manifestaciones del Estado social de derecho vinieron acompañadas de un neocolonialismo que funcionó como una fuente primordial de recursos para que los Estados pudieran mantener el sistema capitalista mientras nivelaban las desigualdades sociales al interior, lo que definitivamente pone en entredicho la legitimidad del Estado social.

Por ello, según Díaz, el modelo de Estado Social debía requerir fortalecerse con mecanismos democráticos que permitieran que la definición de la distribución de la riqueza y la justicia social no se diera de forma vertical desde el poder ejecutivo hacia la sociedad. Así, al institucionalizar la democracia en el Estado de derecho, al garantizarse un mínimo de participación de las masas sociales tanto en la toma de decisiones como en los rendimientos de producción sin poner en tela de juicio los derechos individuales, la división de poderes, la legalidad de la administración y el imperio de la ley, puede construirse un modelo de limitación del ejercicio arbitrario del poder, nivelación social y participación política en el que puedan procesarse los grandes ideales de las sociedades modernas. A este modelo, Díaz lo llama Estado democrático de derecho y le atribuye

²¹² Ver, Elías Díaz, *Op. Cit.*, posición 1503.

las siguientes características:

- a) Imperio de la ley, entendida como expresión de la voluntad general. La legislación se hará mediante procesos democráticos y todo acto del Estado estará constreñido a esa legislación.
- b) División de poderes para evitar la concentración del poder, especialmente la concentración en el poder ejecutivo.
- c) Legalidad de la administración, lo que supone no sólo que la administración está sujeta al imperio de la ley, sino a fiscalización de su actuación, así como a controles democráticos frente a decisiones como la declaratoria de “estado de excepción”.
- d) Derechos y libertades fundamentales. Lo que supone legislación positiva tanto para las libertades clásicas enunciadas por el liberalismo (libertad de prensa, de expresión, libertad religiosa, libertad de asociación, etc.) como para derechos sociales (trabajo, salud, vivienda, educación, etc.) que garanticen una nivelación social que impida la exclusión de amplios sectores sociales²¹³.

Una cuestión que es importante subrayar respecto a la propuesta de Díaz es que, al distinguir entre Estado liberal, el Estado social y el Estado democrático de derecho, lo que busca no es valorar la tradición socialista por encima de la liberal o insistir en aquella distinción entre *forma* y *sustancia* del Estado de derecho que hemos intentado combatir a lo largo del texto. Por el contrario, lo que hace es reconocer que el Estado de derecho es un modelo jurídico-político cuyo esquema institucional va dirigido a la contención de la arbitrariedad del poder político y la defensa de los derechos humanos para organizar a la sociedad respecto al derecho. Y que, garantizar la realización de ese modelo requiere pensar en mecanismos que impidan la exclusión de grandes sectores de la sociedad.

Así, las *fases del Estado de derecho* no deben llevarnos a la conclusión de que el Estado democrático es *más Estado de derecho* que el Estado liberal o el social. Más bien la cuestión es que el Estado de derecho no puede entenderse como un modelo cerrado o terminado, sino que, igual que el derecho, está sujeto a cambios que dependen de flujos históricos, movimientos sociales y del propio desarrollo de la ciencia jurídica. De esta forma el Estado social y el Estado democrático de derecho no podrían entenderse como modelos en los que se ha superado el formalismo jurídico liberal para asentar una especie de *Nuevo Estado de derecho* en el que las demandas de justicia social son atendidas de forma más sustantiva. Por el contrario, tanto el

²¹³ Ver, Elías Díaz, *Op. Cit.*, posición 599

Estado social como el Estado democrático tienen como presupuesto teórico al Estado liberal. Como dice el propio Díaz, cuando se exige participación real para construir un Estado democrático de derecho se está haciendo una crítica a la insuficiencia del planteamiento clásico del Estado de derecho, pero eso no quiere decir que se pueda prescindir de él²¹⁴.

En resumidas cuentas, la propuesta de Díaz es la de un modelo de coordinación social incluyente, en el que el derecho funge como el elemento normativo protagónico. Esto es, un modelo en que la igualdad ante la ley, la igualdad de condiciones materiales de existencia y la igualdad en la participación política se equilibren. Desde luego, como el propio Díaz reconoce, esto no quiere decir que las tensiones entre Estado de derecho y democracia desaparecen, sino que se traza un marco institucional donde la tensión puede procesarse de mejor manera.

7.4 La igualdad: bisagra entre constitucionalismo y democracia

Roberto Gargarella afirma que, si queremos hacer un análisis serio de las democracias modernas, es indispensable admitir que el constitucionalismo (Estado de derecho) y la democracia (entendida como autogobierno) se configuran con lógicas internas distintas respecto a la participación popular en la dirección del Estado. Según el jurista argentino, la cuestión es que el constitucionalismo y el autogobierno no son fácilmente armonizables porque, por un lado, los defensores del primero tienden a desconfiar de la racionalidad de las masas populares e insistir en límites más o menos fuertes al ejercicio de la soberanía popular. En contraparte, quienes defienden el autogobierno tienden a enfatizar que un gobierno legítimo tiene como fundamento a la soberanía popular y que mientras más se le limite más se deslegitima al gobierno²¹⁵.

A lo largo de la historia de las querellas entre ambas posturas, según Gargarella, el argumento de los constitucionalistas se volvió especialmente fuerte en el momento en que el límite constitucional al ejercicio de la soberanía popular se afirmó como la condición necesaria para la realización de la propia democracia. Esto es, el argumento constitucionalista contra el ejercicio irrestricto de la soberanía popular adquiere mayor fuerza conceptual cuando se dirige a hacer posible la realización de la democracia más que a negarla.

Desde la óptica de Gargarella, el argumento es particularmente sólido no sólo porque se trate de una especie de justo medio, sino porque para comunicar constitucionalismo y democracia

²¹⁴ Elías Díaz, *Op. Cit.*, posición 2005

²¹⁵ Ver, Roberto Gargarella, "Constitucionalismo vs. Democracia", en José Luis Fabra Zamora (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen 3, México, UNAM, 2015, p. 1991

puede utilizarse el concepto de igualdad como puente. Según esto, se puede conjugar la concepción constitucionalista de la igualdad que urge a preservar ciertos derechos fundamentales que permitan desarrollar a cada uno su vida según sus ideales, con la concepción democrática de la igualdad que presupone que la opinión de cada uno vale lo mismo que las demás²¹⁶. La garantía de ambas es la condición necesaria para un compromiso entre democracia y constitucionalismo en el cual el ejercicio de la soberanía no puede realizarse sin freno (ninguna mayoría puede decidir sobre los derechos que nos permiten decidir nuestra vida), pero tampoco se desacredita la racionalidad de las mayorías.

Un factor esencial para la realización de este compromiso es el fortalecimiento de procesos deliberativos para la toma de decisiones (tal y como vimos en el apartado de Habermas). Esto es, diálogo, discusión y negociación libre en el parlamento respetando lo que Luigi Ferrajoli ha llamado *la esfera de lo indecidible*²¹⁷ y sometiendo la legislación a procesos democráticos de reflexión crítica. Para Gargarella, defender la deliberación ofrece una posición sólida a favor de la democracia porque en un espacio deliberativo es mucho más probable que las decisiones tomadas sean imparciales. La deliberación permite el contraste de posiciones para hacer patentes los errores, permite aumentar las consideraciones sobre el tema tratado, mejorar las posturas al entender la posición del otro y favorecer condiciones para la decisión en consenso.

Así, los espacios deliberativos funcionarían como un puente que permite comunicar la igualdad del constitucionalismo con la igualdad democrática, pues mientras por un lado limita la deliberación con aquella *esfera de lo indecidible*, por otro postula una discusión democrática incluyente. Con todo, Gargarella subraya que los procesos deliberativos no evitan el conflicto, ni tampoco garantizan decisiones imparciales o acuerdos armónicos. Más bien la deliberación constitucional–democrática es defendible porque puede generar dinámicas que epistémica y políticamente son valiosas para una sociedad. Así, una democracia constitucional deliberativa permite una convivencia tensa entre Estado de derecho y soberanía popular en la que, al mismo tiempo, se respetan los derechos fundamentales y se mantiene el elemento legitimador de la democracia sin pretender erradicar la dimensión conflictiva del autogobierno.

²¹⁶ Ver, Roberto Gargarella, *Op. Cit.*, p. 2000 y ss.

²¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 24: “Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no...*”

Así, elegir construir un esquema institucional donde convivan Estado de derecho y democracia, no implica la búsqueda de un justo medio donde las decisiones políticas se hagan cada vez de forma más armoniosa. Elegir ese esquema institucional implica, más bien, reconocer que tanto Estado de derecho como democracia se vuelven socialmente valiosos porque permiten la coexistencia de la pluralidad y el procesamiento pacífico de los conflictos. Para lograr esto último, tanto constitucionalismo como autogobierno se comprometen a hacer concesiones que los limitan; mientras el primero debe conceder la legitimidad de la soberanía popular, el segundo debe conceder la legitimidad de los límites de las decisiones democráticas. En ese sentido habría que concluir que a pesar de que la relación entre constitucionalismo y democracia no es armónica, sí es deseable pues no es sólo que el constitucionalismo *salve* a la democracia de la autodestrucción, sino que la soberanía popular le otorga al constitucionalismo un terreno epistémico enriquecido que permite mejorar la legitimidad racional parlamentaria.

El aspecto fundamental de esta sección ha sido ilustrar las diferentes nociones de igualdad inscritas en el código genético del Estado de derecho e intentar mostrar sus relaciones con la democracia. Así, hemos insistido en que si bien la dimensión democrático igualitaria del Estado de derecho no se puede dar por presupuesta, es absolutamente indisoluble de su expresión contemporánea. Pensar hoy Estado de derecho sin democracia implica renunciar a espacios importantes de legitimación del derecho, así como al ideal de la inclusión social. La igualdad en términos democráticos, como hemos dicho en las secciones anteriores, es necesaria para poder solucionar los conflictos de forma pacífica, pero también para garantizar mayores márgenes de racionalidad para las leyes y para profundizar la vinculación entre justicia social y derecho.

A la vez, hemos insistido en apreciar las tensiones persistentes entre constitucionalismo y democracia, así como lo productivo de ellas. Finalmente, hemos destacado como la participación política de los ciudadanos es un elemento importante tanto para la historia del Estado de derecho como para su preservación. En lo que sigue ahondaremos en lo que hemos llamado “dimensión político participativa” del Estado de derecho, con ello intentaremos fortalecer la idea de que este modelo jurídico político requiere, además de condiciones de racionalidad y mecanismos de igualdad, horizontes políticos que inviten a los ciudadanos a defender los valores del Estado de derecho a largo plazo.

Algo que valdría la pena aclarar es porqué hemos decidido continuar utilizando el término de

Estado de derecho como una especie de concepto amplio en el que cabe la democracia en lugar de utilizar el término democracia constitucional o Estado democrático de derecho. La razón principal para hacer esto es que consideramos que el concepto amplio de Estado de derecho nos permite mantener nuestra crítica a aquella disputa entre lo formal y lo sustantivo del constitucionalismo que nos parece oscurece el debate.

Así, hemos preferido utilizar de forma más frecuente el término Estado de derecho que el de democracia constitucional con la pretensión de ilustrar que las dimensiones filosófico conceptuales y democrático igualitarias no se distinguen por su formalidad o sustantividad, sino que se distinguen por el tipo de problema que buscan atender. A su vez, esta diferenciación en dimensiones nos permite observar a la tradición constitucional como una corriente de pensamiento abierta capaz de integrar distintos horizontes de igualdad y libertad que permite pensar futuros más incluyentes.

Finalmente, valdría la pena decir que no tenemos ninguna objeción particular con el uso del término democracia constitucional, por el contrario pensamos que es un término que permite especificar los obstáculos para integrar constitucionalismo y democracia. Así, en la siguiente sección aparecerá con mayor frecuencia pues los análisis vertidos en ella pretenden justamente ampliar la discusión sobre las tensiones ya introducidas en la sección que finalizamos.

SECCIÓN III: LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO

En la introducción de *Facticidad y Validez*, Habermas afirma que pensar el Estado de derecho hoy en día nos obliga a pensar en términos de democracia radical. Es decir, que para las sociedades contemporáneas no tendría sentido pensar en el imperio de la ley, la división de poderes o los derechos humanos como componentes de un Estado justo si todo eso no va acompañado de mecanismos de participación (formales e informales) que permitan, como dice Roberto Gargarella, que la ciudadanía vea su rostro y escuche su voz en el derecho.

Al respecto valdría la pena decir que, a pesar de que hoy exista cierto consenso en que democracia y constitucionalismo son perspectivas que se desarrollan juntas, sus lógicas no se armonizan de forma inmediata. Autogobierno popular, derechos humanos y limitación del poder político entran en tensión con facilidad. De tal suerte que necesitamos artificios institucionales complejos para que ambas lógicas puedan convivir, ingenierías constitucionales y sociales

refinadas que permitan que cada uno de los horizontes se desarrolle sin destruir el espíritu del otro.

Por otra parte, valdría la pena también anotar que, a las dificultades intrínsecas de la fórmula “democracia constitucional” o “Estado democrático de derecho” se agrega otro problema: la institución de esta lógica jurídico política requiere de una ciudadanía activa capaz de instrumentar los valores democrático constitucionales y de defender las conquistas sociales expresadas en ella de amenazas autoritarias. Las instituciones por sí solas no pueden mantenerse, son artificios que requieren de la acción de los ciudadanos para darles vida. Y justo el problema es que estas pasiones por las instituciones son mucho más difíciles de generar que las pasiones *naturales* de pertenencia a grupos étnicos, religiosos, etcétera. Así que, en el campo conflictivo de la política, la democracia constitucional se enfrenta al poder, muchas veces incontrolable, de las pasiones sectarias. De tal suerte que si la ingeniería social de la democracia constitucional no funciona, las posibilidades de giros autoritarios aumentan.

Sobre esto vale la pena recordar la postura expresada por Luigi Ferrajoli y pensar al Estado democrático de derecho como producto de luchas sociales y rupturas. Esto nos indica que la democracia constitucional no es un producto exclusivo de elucubraciones racionales, sino que responde a exigencias de justicia concretas que suelen expresarse en luchas políticas y sociales. La democracia constitucional requiere de mecanismos jurídico racionales para poder pensar la justicia a largo plazo, pero también responde a una lucha social que es necesario mantener viva porque en ella se constatan las necesidades urgentes del presente. La lucha social hace pues eco de aquella idea de Thomas Paine sobre que los muertos no podían decidir los derechos de los vivos. Según esto, el problema que tenemos que resolver es cómo armonizar un sistema jurídico político con pretensiones de racionalidad universal, pero que cuyo origen está determinado por pasiones políticas de las que depende para permanecer.

Como hemos descrito ya en las secciones I y II, el Estado de derecho se construye sobre principios racionales como el imperio de la ley, la división de poderes y el principio de igualdad. Pero, una vez que se ha introducido el horizonte democrático en el Estado de derecho, estas dimensiones resultan insuficientes, pues el autogobierno exige la participación en el diseño del orden legal y político por parte de la ciudadanía. Tal y como piensa Habermas, aún en un Estado Social de derecho en el que estén garantizadas tanto las libertades civiles como la justicia social se echaría de menos la participación política democrática, pues justo es ella la que da sentido

tanto a la libertad como a la igualdad. Sin la participación política, derechos y libertades permanecen en el campo de lo impuesto por otro, lo que las hace débiles frente a cualquier amenaza de poderes no institucionalizados.

La cuestión, como ha señalado Chantal Mouffe, es que aquella participación democrática requiere de la conformación de un pueblo, un *demos*, un *nosotros* que entra en tensión con la lógica pluralista e incluyente del constitucionalismo. Delimitar el espacio del pueblo, implica limitar el espacio de repercusión de los derechos humanos, pero también es la condición de posibilidad para que los valores del constitucionalismo permanezcan en acto frente a las amenazas autoritarias. La democracia moderna implica una relación conflictiva -paradójica dirá Mouffe- entre los presupuestos del autogobierno popular y los del constitucionalismo.

En lo que sigue, intentamos dar cuenta de las dificultades que esto impone a la reflexión contemporánea del Estado de derecho. Igualmente intentamos dar ciertas salidas a la tensión. Planteamos primero las críticas de Karl Marx y Carl Schmitt respecto al constitucionalismo con la intención de clarificar las tensiones entre democracia y Estado de derecho, así como explicitar la dimensión política del propio constitucionalismo (crítica a la idea de neutralidad del Estado); después profundizamos en la crítica que desde el horizonte de la democracia radical o plebeya hacen Chantal Mouffe y Ernesto Laclau a la lógica del Estado de derecho, con ello intentamos situar parte de los diagnósticos sobre la democracia moderna y apuntar las salidas y dificultades a que nos somete el populismo; finalmente, echando mano del concepto de *lucha por el derecho* de Rudolph V. Ihering, intentamos plantear la necesidad de una dimensión político emotiva del Estado de derecho que nos permita hacer frente a los horizontes apocalípticos del populismo y reconocer la necesidad de generar *sentimientos jurídicos* que puedan cohesionar a una ciudadanía que defienda los valores de la democracia moderna.

Capítulo 8. El joven Marx y la crítica al Estado de derecho: relaciones entre socialismo y constitucionalismo

8.1 Preliminares. La teoría del derecho en Marx

Cuando investigamos la concepción de Karl Marx sobre el Estado de derecho, una y otra vez nos encontramos con la idea de que éste concebía el modelo de Estado de derecho como un producto específico de la dominación política burguesa. Siendo esto así, el Estado de derecho se entiende

como el espacio jurídico-político donde la clase burguesa expresa en términos legales su dominación. Así, siguiendo la lógica de esta crítica, los derechos y las instituciones estarían diseñadas para reproducir una dinámica de que dará siempre primacía a los propietarios frente a los trabajadores o, si se prefiere, a los capitalistas frente al proletariado. Esto, en repetidas ocasiones ha llevado a la conclusión de que en el desarrollo de la *lucha de clases* el derecho tendría que eliminarse para poder llegar a la sociedad comunista.

Ciertamente hay pasajes de la obra de Marx que presentan al derecho como un instrumento de dominación ligado directamente a la clase social que ejerce el poder y pasajes que presentan al Estado de derecho (burgués, liberal o capitalista) como un entramado institucional en el que se hace patente el predominio de la burguesía en la dirección del Estado²¹⁸. Aunque estos pasajes expliquen en parte el escepticismo que cierta tradición marxista (especialmente la soviética) mostró frente al derecho, es importante considerar que a su lado las corrientes marxistas occidentales como la *Escuela de Frankfurt* (Herbert Marcuse), el *estructuralismo marxista* (Nicos Poulantzas) o el llamado *humanismo marxista* (Edward Thompson) han buscado reiteradamente rehabilitar una especie de *marxismo jurídico* que permitiera pensar el derecho como un horizonte necesario para la emancipación²¹⁹. A la vez, autores contemporáneos como Carlos Fernández Liria han insistido en la necesidad de recuperar un “Marx de la Ilustración”, crítico con el derecho, pero a la vez capaz de comprender los riesgos de abandonar por completo el desarrollo del derecho²²⁰. Significativamente, esta última interpretación la comparten también intelectuales ajenos a la tradición marxista como Ian Shapiro²²¹.

Desde nuestra perspectiva, la interpretación *occidental* de la postura de Marx²²² frente al derecho resulta la más relevante respecto a la discusión contemporánea del Estado de derecho y los derechos humanos. Según esto último, la lectura crítico - ilustrada de Marx sobre el derecho, permitiría expresar interrogantes respecto a los presupuestos de la ciencia jurídica (neutralidad

²¹⁸ Al menos podemos encontrar esta posición en Sobre la Cuestión Judía, Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel, El Manifiesto Comunista y la Crítica al Programa de Gotha.

²¹⁹ Ver, Robert Fine, “Marxism and the Social Theory of Law” en *Law and Social Theory*, Max Travers, Reza Banakar (eds.), Hart Publishing, Oregon, 2013.

²²⁰ Ver, Carlos Fernández Liria & Luis Alegre Zahonero, *El Orden del Capital*, Madrid, Akal, 2010

²²¹ Cfr. Shapiro, Ian, *Los Fundamentos Morales de la Política*, Ciudad de México, El Colegio de México, 2007.

²²² El *marxismo occidental* es un término con el que teóricos como Merleau - Ponty o Perry Anderson intentaron trazar una línea entre lo que se pensaba como marxismo en la Unión Soviética y su espectro de dominación y lo que se pensaba en países de Europa central o el propio Estados Unidos. De él derivaron movimientos intelectuales y políticos como la *New Left* o el *Marxismo humanista* con los que se intentó renovar el debate de la izquierda atrayendo temas como los derechos humanos e intentando desmarcarse del economicismo soviético.

del derecho, igualdad abstracta, etc.) sin que ello implicara la renuncia a las batallas jurídicas por la libertad. Así evitamos postular la construcción de una sociedad idílica como alternativa al derecho moderno, lo que, tal y cómo dice Carlos Fernández Liria, nos condenaría a recurrir una vez más a la idea de que el *nuevo hombre* de Marx y de la tradición socialista, es uno que no requiere ni del derecho, ni de las instituciones para lograr su emancipación. Más aún, esta interpretación de Marx permitiría pensar horizontes en que Estado de derecho pudiera combinarse con democracia radical.

La revisión de la posición de Marx y de quienes intentan interpretarlo como un autor ilustrado – republicano resulta valiosa porque nos permite profundizar en la dimensión *democrático – igualitaria*, así como ir planteando la dimensión *político – participativa*. Esto es, pensar cómo la lucha por la democracia podría insertarse en el horizonte del Estado de derecho reafirmando por un lado las perspectivas de igualdad y revelando la necesidad de la participación política por otro.

Ahora, si bien Marx no nos proporciona un marco conceptual sistemático de Estado de derecho, sí nos proporciona elementos para poder avanzar una teoría del Estado democrático de derecho desde coordenadas crítico – socialistas, lo que nos aportaría puntos clave para poder discutir con el robusto aparato teórico liberal del Estado de derecho.

A continuación, expondremos los pormenores de la crítica elaborada por Marx pero antes es pertinente subrayar que, tal y como afirma Robert Fine en su artículo *Marxism and the Social Theory of Law*, la postura de Marx debe considerarse como una posición inacabada²²³. Esto es, aunque existen textos en los que Marx declara que estaba en sus intenciones hacer una crítica sistemática sobre el derecho²²⁴, lo cierto es que el material con el que contamos para presentar su posición consta predominantemente de textos de juventud dedicados al derecho y anotaciones dispersas a lo largo de su obra. Esto, si bien presenta una dificultad interpretativa, no le quita importancia a la crítica. La dispersión del argumento no implica desarticulación. Marx quería

²²³ Ver, Fine, Robert, “Marxism and the Social Theory of Law” en *Law and Social Theory*, Max Travers, Reza Banakar (eds.), Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 101

²²⁴ Cfr. Karl Marx, *Economic & Philosophic Manuscripts of 1844*, Moscow, Progress Publishers, 1959, p. 1: “I shall therefore publish the critique of law, ethics, politics, etc., in a series of distinct, independent pamphlets, and afterwards try in a special work to present them again as a connected whole showing the interrelationship of the separate parts, and lastly attempt a critique of the speculative elaboration of that material. For this reason it will be found that the interconnection between political economy and the state, law, ethics, civil life, etc., is touched upon in the present work only to the extent to which political economy itself expressly touches upon these subjects”.

realizar una crítica sistemática del derecho, pero la tarea de la crítica de la economía política ya no lo permitió²²⁵. Una vez dicho esto podemos comenzar el camino.

8.2 La crítica a los *derechos del hombre*. Encubrimiento del presente

Los puntos centrales de la posición marxiana respecto al Estado de derecho giran en torno a la crítica a los derechos del hombre y la crítica al Estado. En ambos casos Marx sospecha que hay una teoría que está encubriendo una realidad de opresión. Además, en ambos casos se ejecutan separaciones que impiden la emancipación del ser humano: se separa el hombre abstracto respecto a su comunidad (derechos del hombre) y se separa la sociedad civil respecto a la sociedad política (teoría del Estado), todo lo cual obstaculiza el desarrollo de fuerzas democráticas.

En el caso de los derechos del hombre el postulado de un *hombre abstracto* con derechos universales encubre una desigualdad observable en el desarrollo de los individuos: el derecho de libertad por ejemplo no puede ser ejercido de la misma forma por un propietario (ya sea pequeñoburgués o capitalista) que por un trabajador. En el caso del Estado, el postulado de una *neutralidad política*, desde la perspectiva de Marx, encubre el hecho de que existe una clase dominante que dirige el rumbo de la actividad estatal y que, desde luego, no ocupa una posición de neutralidad en los conflictos de clase.

Decíamos que además del encubrimiento, Marx explica que tanto la teoría de los derechos del hombre como la del Estado operan una separación que impide la emancipación de los seres humanos. Según esto, los derechos configuran un hombre egoísta separado de su comunidad²²⁶, mientras el Estado liberal construye un orden institucional donde el Estado se encuentra separado de la sociedad (separación entre sociedad política y sociedad civil) que tiene como finalidad que el Estado no intervenga en la esfera privada de la sociedad²²⁷.

El encubrimiento y la separación los ha operado la clase burguesa después de haberse liberado tanto de los vínculos tradicionales a los que la sometía el feudalismo, como de los abusos de la monarquía absoluta. Esta circunstancia revela que a pesar de que la burguesía es una clase revolucionaria, la emancipación de los seres humanos no podrá realizarse haciendo adecuaciones

²²⁵ Ver, Fine, Robert, "Marxism and the Social Theory of Law"... , p.102

²²⁶ Marx, Karl, "Sobre la cuestión judía" en *Escritos de juventud sobre el derecho*, Madrid, Anthropos, 2008, p. 181

²²⁷ Marx, Karl, *Sobre la cuestión judía...*, p. 180

al Estado de derecho, sino que se requiere una revolución proletaria que permita eliminar las desigualdades²²⁸. Así, la emancipación se muestra como una lucha progresiva en la que se requiere desenmascarar todo aquello que aparece como libertad universal, pero que es en realidad libertad de unos cuantos.

Pero veamos más a detalle la posición de Marx en ambos sentidos. Respecto a la posición que toma en cuanto a los derechos humanos, Oskar Negt ha explicado que no se trata de una posición simplista o de una sola vía, por el contrario: “[...] en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1791 Marx puede encontrar elementos emancipadores en los derechos de participación estatales, pero ahí donde se trata de los derechos humanos ve en ellos única y exclusivamente el impulso a desarrollarse de la propiedad privada”²²⁹. De tal suerte que la postura marxiana no es la de una crítica lisa y llana sobre lo que concebimos como derechos humanos, sino una crítica específica con la parte de las declaraciones de derechos que postulan la propiedad privada como el centro de gravedad.

En ese sentido, la crítica no es a los derechos del hombre de forma general, sino a éstos como apoyo de un sistema económico que no podría garantizar la emancipación de la humanidad. Hay pues una tensión entre dos tipos de derechos: los de propiedad y los de participación. Según Marx, la igualdad y la libertad estipuladas por las declaraciones de derechos del siglo XVIII apuntan al burgués y no al ser humano, lo que mina su potencial democrático. Esto es, los derechos van dirigidos a los propietarios que son quienes pueden ejercitar la libertad en la sociedad civil mercantilizada y presuponerse en condiciones de igualdad con sus pares. Más aún, son ellos quienes pueden ejercitar con mayor efectividad los derechos políticos pues con frecuencia estos derechos se encuentran ligados a la posesión de una propiedad privada. Quien no posee mercancías para intercambiar se encuentra excluido de esa dinámica jurídica de libertad y equidad²³⁰.

²²⁸ Ver, Habermas, Jürgen, *Teoría y Praxis*, Barcelona, Altaya, 1999, p. 115

²²⁹ Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un Diálogo entre Épocas*, Madrid, Trotta, 2004, p. 39

²³⁰ Al respecto es importante anotar que la crítica de Marx sólo es válida respecto a la fase del desarrollo del capitalismo que él experimentó. Según Habermas “actualmente ya no se podría afirmar que los derechos se fundamentan en el tráfico mercantil, sino en la realización democrática de todas las organizaciones que actúan en referencia al Estado”. Así, si bien las características del derecho civil -palpables en documentos como el *Código Napoleón* de 1804- pueden dar sustento a la perspectiva marxiana, un análisis detallado del desarrollo de los derechos humanos no permite sostener las mismas conclusiones que Marx sostuvo. Con todo, Habermas enfatiza que ello no debe hacernos perder de vista que la crítica elaborada por Marx permitió comprender que el derecho formal no puede separarse de la conexión concreta de intereses sociales e históricos. Ver, Habermas, Jürgen, *Teoría y Praxis...*, pp. 118 – 119.

Para Negt, Marx está haciendo explícita la dependencia del ser humano a las condiciones sociales y denunciando que el capitalismo hace cada vez más difícil “una ordenación de la sociedad basada en la paz y determinada por el derecho y la moral”²³¹. Esto porque el ámbito de la sociedad civil -donde se hacen efectivos los derechos de igualdad y libertad- es un ámbito de lucha donde hay muchos seres humanos excluidos de los derechos y explotados por la ficción filosófica del *hombre abstracto* que ha sido libre de contratar.

Esta es una posición que se expresa ya claramente en el artículo de Marx titulado “Sobre la Cuestión Judía” publicado en 1843. En él, caracteriza la libertad como el derecho a la separación de un hombre respecto otro hombre, lo que en sentido práctico no sería otra cosa que el derecho a la propiedad privada que, en términos de Marx se traduce en el derecho al egoísmo o al auto-interés:

El derecho humano de la propiedad privada es, pues, el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él arbitrariamente (*a son gré*), sin atender a los demás hombres, independientemente de la sociedad, el derecho del interés personal. Aquella libertad individual, así como esta aplicación de la misma, constituye el fundamento de la sociedad burguesa, que hace que todo hombre encuentre en otros hombres no la *realización*, sino más bien, *la limitación de su libertad*.²³²

En el mismo sentido se expresa Marx sobre la *igualdad* y sobre la *seguridad*. La primera consiste en la garantía para todo hombre (burgués) de ser *una mónada aislada, replegada sobre sí misma*, mientras la segunda implica la garantía de que el egoísmo será defendido por un aparato de policía. De ello se deriva la conclusión devastadora de que “ninguno de los derechos humanos va, por tanto, más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y separado de la comunidad”.²³³

Desde luego que, en la lógica del Estado de derecho, la posición de Marx no puede seguirse sin problemas. Primero, porque el auto interés (*self-love*) no es fácilmente identificable con el egoísmo (*selfishness*); segundo porque justo esa diferencia nos indica que alguien que está interesado por su propio bienestar no necesariamente está desvinculado de su comunidad, de hecho, la idea de filósofos como Adam Smith o David Hume es que el autointerés es un dato

²³¹ Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un diálogo entre épocas...*, pp. 66 -67

²³² Marx, Karl, “Sobre la Cuestión Judía”..., p. 191

²³³ Marx, Karl, “Sobre la Cuestión Judía”..., p. 192

antropológico que puede usarse para generar ingenierías institucionales que permitan coordinar una sociedad con arreglo al derecho.

Es decir, en tanto que el interés en el bienestar propio es una pasión que naturalmente lleva a la acción, una de las tareas del constitucionalismo es crear incentivos de acción respecto al derecho teniendo en cuenta ese *dato antropológico*. El derecho no va a educar a nadie, pero si se construye de tal forma que violándolo afecto mi propio bienestar, habrá más posibilidades de que conduzca mi vida respecto a él. Justamente ese es el sentido del derecho de propiedad: si tengo la garantía de que las condiciones materiales de mi existencia no estarán amenazadas por los caprichos de los gobernantes o por la fuerza física de los particulares, obedeceré el derecho y evitaré el uso de mi propia fuerza para resolver los conflictos. Coopero pues, porque mi bienestar se ve mayormente satisfecho al hacerlo.

Por supuesto que eso no garantiza que todos tendremos propiedad o que esa se distribuirá de forma equitativa, eso es justamente lo que desata la crítica de Marx contra los derechos humanos, pues desde su perspectiva lo que hacen es mistificar al derecho y ocultar la realidad social. Aún así, Robert Fine nos advierte que estas afirmaciones no deben llevarnos a pensar que Marx no consideraba los derechos de libertad e igualdad como un enorme avance civilizatorio²³⁴. Por el contrario, según Fine, en *El Capital* se presentan como formas jurídicas que ya no aparecen ni como un ideal, ni como forma vacía. Equidad y libertad son formas jurídicas que presuponen relaciones de producción capitalistas, es decir, no pueden tomarse como categorías intemporales o como neutrales respecto a la tensión entre las clases sociales. Sin embargo, son formas jurídicas que revelan que al menos los propietarios se han reconocido entre sí como *personas* que no han de arrebatar sus bienes de forma violenta, sino que han de establecer relaciones de intercambio.

De tal suerte, la crítica de Marx a los derechos humanos resulta más compleja que un simple descrédito a las categorías jurídicas burguesas. De hecho, tal y como sugiere Oskar Negt, si seguimos la argumentación dialéctica de Marx, deberíamos concluir que el socialismo no se trata de negar todo aquello que haya venido del capitalismo, sino de aprovechar las cosechas de éste para un mejor reparto y para la consolidación de la dignidad humana²³⁵. Por ello, en la lucha socialista los derechos no deberían *barrerse* como consideró Evgeny Pashukanis, sino más bien aprovecharse para la emancipación de la humanidad.

²³⁴ Ver, Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law: Marx's Critique of the Legal Form*, USA, Balckburn Press, 2002, pp. 108 – 109

²³⁵ Ver, Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un diálogo entre épocas...*, p. 90

Con todo, como señala Habermas, es difícil borrar la huella que dejaron los pasajes en los que Marx claramente desacreditaba los derechos humanos. Dicho descrédito, desde la óptica del filósofo alemán, provocó la disociación entre derecho natural y revolución. Esto significó que “los partidos de una guerra civil internacionalizada dividieron el legado [de la Ilustración] de un modo fatalmente unívoco: una parte recibió la herencia de la revolución, la otra, la ideología del derecho natural”²³⁶. Así, en lo sucesivo resultó cada vez más difícil pensar en procesos revolucionarios de emancipación que pudieran asegurar a futuro espacios inviolables de la autonomía personal.

8.3 La separación entre sociedad civil y sociedad política. Crítica a la teoría del Estado: hacia la democracia radical

Como mencionamos párrafos atrás, una de las preocupaciones de Marx respecto a la configuración del derecho moderno es que éste se erige desde un Estado (sociedad política) que se separa de la sociedad civil. El problema fundamental en este sentido es que la teoría moderna del Estado ha pretendido que éste es una institución idónea para la expresión del interés general, pero pretende defender dicho interés proclamando que la sociedad civil –espacio donde se desarrollan las relaciones entre particulares- debe quedar intocada por el poder del Estado. Dice Marx:

La revolución política... [que] elevó los asuntos del Estado a asuntos del pueblo y que constituyó el Estado político como incumbencia *general*, es decir, como Estado real, destruyó necesariamente todos los estamentos, corporaciones, gremios y privilegios, que eran otras tantas expresiones de la separación entre el pueblo y su comunidad. La revolución política *suprimió*, con ello, *el carácter político de la sociedad burguesa*... Al sacudirse el yugo político se sacudieron, al mismo tiempo, las ataduras que apresaban el espíritu egoísta de la sociedad civil.²³⁷

De tal suerte que la teoría del Estado, según Marx, se sustenta en una difícil tensión entre el campo de lo público-estatal y el campo de lo privado-social, en la que la garantía de un espacio privado intocable del que todos los ciudadanos son partícipes, resulta en la liberación del *espíritu egoísta de la sociedad civil*. El problema es, al igual que en el caso de los derechos humanos, que esta teoría opera un enmascaramiento en el que la *protección del espacio privado de todos los ciudadanos* se traduce en la protección del espacio privado de la clase burguesa. Así,

²³⁶ Habermas, Jürgen, *Teoría y Praxis...*, p. 116

²³⁷ Marx, Karl, “Sobre la Cuestión Judía”... pp. 194 - 195

formalmente el Estado se encuentra limitado primordialmente para intervenir en la vida privada de todos los ciudadanos, pero materialmente desprovisto de los medios para la protección de todos los individuos.

El enmascaramiento se hace más claro si se toma como ejemplo la situación de los trabajadores, quienes para incluirse en ese *todo* que representa la ciudadanía, se asumen como propietarios de su fuerza de trabajo y, por tanto, como individuos libres de contratar con el capitalista la renta de su propiedad. Así, el contrato puede estipular condiciones injustas para los obreros (ausencia de límites a los horarios de trabajo, salarios que no permiten la supervivencia, falta de condiciones de seguridad en la industria, etc.), sin que el Estado pueda intervenir para regular dichas relaciones contractuales para intentar paliar dicha injusticia. Al tratarse de relaciones contractuales hechas libremente por individuos dentro de la sociedad civil, toda intromisión del Estado sería calificada como despótica²³⁸. Esto según Marx reafirma la idea que la igualdad *de iure* encubre una desigualdad *de facto*.

Desde la óptica de Michel Miaille, esta crítica es igualmente aplicable a la historia del derecho constitucional. Si revisamos dicha historia nos encontraremos que en ella impera una “singular mistificación” con la que se pretende que por el sólo hecho de expresar un orden jurídico éste se vuelve realidad²³⁹, dicha mistificación, según Miaille, quedó en bancarrota después de que la sociología (especialmente la marxista) empezó a revisar el derecho constitucional:

En una palabra, se descubrió, de cierta manera, que “por debajo” del derecho ¡estaba la realidad! Descubrimiento que resultó aún más obvio con la experiencia de los países de independencia reciente: los chascos sufridos por esos nuevos Estados mostraban a las claras la distancia que puede separar al derecho constitucional de la realidad política.²⁴⁰

Aquí vale la pena anotar que se trata de una crítica con limitaciones histórico temporales muy específicas. Tal y como piensa Paolo Grossi, en efecto, el derecho que le tocó estudiar a Marx tenía esas características. Sin embargo, esa forma de entender el derecho no permaneció intocada, por el contrario, las luchas obreras en el siglo XIX y XX abrieron paso a la noción de derecho

²³⁸ Al respecto vale la pena recordar que, tal y como afirma Gerardo Pisarello, el *liberalismo monárquico* se alió a los intereses capitalistas negándose a intervenir entre el patrón y el obrero en favor de la “libre empresa”. Cfr. Gerardo Pisarello, *Un Largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 94 - 95

²³⁹ Ver, Miaille, Michel, *El Estado del Derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1985, pp. 18 – 20. Curiosamente esta posición contra la mistificación del derecho constitucional, la comparten con los marxistas juristas conservadores contemporáneos como el juez de la Corte Constitucional Italiana Paolo Grossi. Al respecto vale la pena revisar tanto las argumentaciones que hace el juez florentino en: *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003 y en *La primera lección del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

²⁴⁰ Miaille, Michel, *El Estado del Derecho...*, p. 20

laboral que permitió dejar de pensar al trabajador como un propietario cualquiera que firma un contrato en condiciones de igualdad²⁴¹. Con ello se logró que las negociaciones laborales fueran realizadas entre sindicatos y patrones, lo que permitía equilibrar la balanza. Las mismas luchas permitieron también el desarrollo del derecho social, con el cual los trabajadores conquistaron el derecho a la seguridad social, la vivienda, la salud, la educación, etc.

Esto último es importante porque, por un lado, nos permite visualizar las limitaciones de las críticas del *joven Marx* respecto al Estado de derecho. Pero por otro, nos permite avanzar en la tematización de la dimensión política del Estado de derecho. Tal y como piensa Elías Díaz, el Estado de derecho no fue un fenómeno exclusivamente burgués liberal, aunque podamos reconocer la *denominación de origen*, el Estado de derecho fue formulado en los términos de la Ilustración, es decir, con pretensiones racionales universales. Eso permitió que el Estado de derecho generara una *fuerza integradora* con la que pudo asimilar demandas de justicia social y democratización que provenían de las clases trabajadoras y también de grupos que no estaban incluidos dentro de lo que podríamos llamar *identidad burguesa*. A lo largo de los siglos XIX y XX grupos feministas, anti-racistas, ecologistas, anti-coloniales, indígenas, entre otros, pudieron integrar demandas particulares de justicia al marco de los derechos humanos y el Estado de derecho.

Ahora volvamos al siglo XIX. La crítica al Estado de Marx presenta facetas tanto hegelianas como anti-hegelianas. Marx sigue a Hegel en la crítica que hace al predominio de los intereses privados (asimilables para Hegel a los intereses feudales) frente al interés general (estatal), pero se separa de él respecto a la expectativa de poder reconciliar lo público y lo privado. Al respecto dice Miaille que el Estado, en la teoría de Marx, *es el signo de la enajenación política* que oculta bajo nociones como *interés general* y *ciudadano* las verdaderas contradicciones (oposición de intereses) de la sociedad civil²⁴². Según esto, es la vida económica el fundamento contradictorio

²⁴¹ Ver, Paolo Grossi, *Europa y Derecho*, Crítica, Bracelona, 2008, pp. 172 - 177

²⁴² Ver, Miaille, Michel, *El Estado del Derecho.....*, pp. 159 - 160

sobre el cual se levanta el edificio político-jurídico. El Estado, recuerda Miaille, no reduce las contradicciones, sino acaso las contiene²⁴³.

Así, Marx reconoce la necesidad de la crítica hegeliana a la situación política alemana en el siglo XIX, pues justamente atacaba el fondo del problema de la emancipación en la Alemania de la época: la ausencia de Estado. La crítica hegeliana hacía patente que “el Estado como mediación necesaria de los intereses de todos, situado por encima de todos, aparece como una verdadera superación de la sociedad arcaica”²⁴⁴. Sin embargo, el problema para Marx con la teoría hegeliana es la tendencia a idealizar el Estado como el espacio para la realización de la libertad, pues esto oculta una realidad:

[...] las contradicciones que entraña y revela la sociedad civil, lejos de ser abolidas o superadas por el Estado, son simplemente ocultadas: el ciudadano, que está situado en un nivel supuestamente superior, se opone al hombre. Pero esta separación no suprime de modo alguno las contradicciones entre los hombres. De ahí que el Estado sea el “cielo” ideal, mientras que los verdaderos problemas de la “tierra” permanecen sin solución.²⁴⁵

En el fondo, como menciona Robert Fine, la pretensión de Marx en la crítica que realiza a Hegel es la de fundamentar un Estado con mayores credenciales democráticas. Así, el núcleo de la crítica marxiana sería el siguiente:

[Marx] atacó la intrusión del interés privado en la dirección del Estado, que Hegel santificaba bajo la ilusión de que era el Estado quien se estaba entrometiendo en los intereses privados; y atacó la alienación del Estado de la voluntad real de un pueblo real, que Hegel santificaba como la realización de la voluntad racional de un pueblo racional. En cualquiera de los dos casos, ya fuera a través de la subordinación del Estado a los intereses privados o a través de la elevación del Estado como un poder especial por encima del pueblo, la universalidad del Estado estaba corrompida. El ideal hegeliano del Estado mostraba síntomas de ambas cosas.²⁴⁶

De esta manera, Marx veía en la teoría de Hegel una construcción del Estado donde todo se encuentra de cabeza: “la conciencia empírica –lo que las personas realmente piensan y desean-

²⁴³ Miaille lleva la crítica de Marx al Estado un poco más lejos y argumenta que no puede explicarse el Estado como forma política dominante sin el ascenso de la burguesía. Según esto, la burguesía requería del Estado para liberarse de las ataduras del orden feudal tradicional. Así, la burguesía incluso fue capaz de aliarse con monarcas absolutos con el objetivo de eliminar el predominio de los señores feudales. Una vez que el Estado (absoluto) puede afirmarse como garante del bien común, las *pasiones particularistas* de los señores quedan neutralizadas. Desde la perspectiva de Miaille en el proceso dialéctico de ascenso de la burguesía, este era un paso necesario para finalmente tomar las riendas de la dirección del Estado. Cfr. Miaille, Michel, *El Estado del Derecho...*, pp. 63 - 66

²⁴⁴ Miaille, Michel, *El Estado del Derecho...*, p. 159

²⁴⁵ Miaille, Michel, *El Estado del Derecho...*, p. 159

²⁴⁶ Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law...*, p. 70. Todas las traducciones que aparezcan de este texto son de mi autoría.

está subordinada a una conciencia racional, i.e. lo que deben pensar, hacer y querer si fueran racionales”²⁴⁷. Según Marx esto podía encontrarse claramente en los postulados de Hegel sobre la Constitución, los cuales había que criticar poniendo a las personas por encima de la Constitución, pues “no es la Constitución quien crea el pueblo, sino el pueblo quien crea la constitución. Y así como las personas crean la constitución, también pueden dismantelarla y reemplazarla”²⁴⁸. Tal y como dice Marx: “En la democracia la Constitución, la Ley, el mismo Estado no es más que una característica que el pueblo se da a sí mismo y contenido concreto suyo, en cuanto ese contenido es Constitución”²⁴⁹. Ver a Marx desde esta perspectiva nos recuerda los postulados republicanos de Rousseau en *El Contrato Social*, donde afirma que la constitución no podría estar nunca por encima del pueblo:

[...] la deliberación pública, que puede implicar la obligación de todos los súbditos hacia el soberano, debido a las dos diferentes relaciones bajo las cuales cada uno de ellos puede ser considerado [como miembro del soberano o como miembro del Estado], no puede, por la razón contraria, obligar al soberano para consigo mismo, y que, por tanto, es contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir. Al no poder considerarse más que una sola relación, se encuentra en el caso de un particular que contrata consigo mismo, lo que demuestra que no hay ni puede haber ningún tipo de ley fundamental obligatoria para todo el cuerpo del pueblo, ni si quiera el contrato social.²⁵⁰

Así, al criticar a Hegel, Marx coloca a la democracia, la acción política popular, como el elemento sustantivo para resolver la dependencia de la humanidad real a la humanidad abstracta, pues a la verdadera democracia pueden unirse lo universal y lo particular a través de la identificación entre el ser humano y el Estado. Dice Marx:

[...] en la democracia la Constitución misma se presenta solamente como una determinación y, más precisamente, la autodeterminación del pueblo. En la monarquía tenemos al pueblo de la Constitución; en la democracia a la Constitución del pueblo. La democracia es el enigma descifrado de todas las Constituciones. Aquí la Constitución toca siempre fondo en su fundamento real, el hombre real, el pueblo real, y esto en una forma subjetiva, real y no sólo objetiva, de suyo; la Constitución es sentada como obra del pueblo. La Constitución aparece como lo que es, libre producto del hombre. También de la monarquía constitucional se podría decir en cierto modo lo mismo; pero la democracia se distingue aquí específicamente, porque en ella la Constitución nunca es más que un factor de la existencia de un pueblo: la Constitución política no forma por sí sola el Estado. Hegel parte del Estado y ve en el hombre al Estado hecho sujeto; la democracia parte del hombre y ve en el Estado al hombre objetivado.²⁵¹

²⁴⁷ Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law...*, p.72

²⁴⁸ Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law*, p. 72

²⁴⁹ Marx, Karl, *Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2010, p. 66

²⁵⁰ Jean – Jacques Rousseau, Madrid, *El Contrato Social*, Tecnos, 1988, p. 17

²⁵¹ Marx, Karl *Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel...* p. 99

La posición democrático radical de Marx queda coronada, según Robert Fine, con la crítica a la teoría de Hegel sobre el sistema de representación política. Dicho sistema, elevaba a los diputados electos por sobre el pueblo, lo que daba por resultado que el Parlamento aparecía como el verdadero pueblo, mientras el pueblo real aparecía como una especie de masa informe. Contra ello, Marx “buscaba, primero crear el sufragio universal y la terminación de los privilegios de los terratenientes; segundo, crear un ‘sufragio activo’ con el cual los diputados tuvieran que rendir cuentas ante su electorado; y tercero, elevar la asamblea – como la esfera de la representación – en la totalidad del Estado político”²⁵². Así, es en la legislatura donde encuentra Marx la esfera adecuada para ejercer la autoridad del Estado político:

El Poder Legislativo ha hecho la Revolución francesa; allí donde, como realidad específica, ejerció la hegemonía, el Poder Legislativo ha realizado las grandes revoluciones generales de todo el organismo político. Su lucha no se ha dirigido contra la Constitución, sino contra una Constitución específica, anticuada; y es que el Poder Legislativo era precisamente el representante del pueblo, de la voluntad de la especie. El Poder Ejecutivo por el contrario ha hecho las revoluciones pequeñas, retrógradas, las reacciones; en vez de hacer la revolución por una nueva Constitución contra la vieja, se ha alzado contra la Constitución; y es que el Poder Ejecutivo era el representante de la voluntad especial, de la arbitrariedad subjetiva, del lado mágico de la voluntad.²⁵³

Según Robert Fine, pasajes como el anterior, nos permiten situar al *joven Marx* en una dimensión de democracia radical, desde la que sería posible presentar una teoría crítica de origen marxiano que reconozca el potencial emancipatorio del derecho. Esto es, una teoría capaz de mostrar lo que ocultan la teoría del Estado y el sistema de representación política de las monarquías constitucionales, sin renunciar a la creación de ordenamientos jurídicos emancipatorios a través de la representación popular.

Esta interpretación de Marx la comparten algunos otros autores como Carlos Fernández Liria y Luis Alegre Zahonero, quienes en su texto *El Orden del Capital*, sostienen que para los marxistas contemporáneos la tarea de rehabilitar al Marx más cercano a la Ilustración y el republicanismo radical es impostergable. Para estos pensadores españoles dicha reivindicación significaría un avance importante para la crítica contemporánea al capitalismo, pues permitiría reconocer en el derecho moderno un elemento indispensable para las luchas de emancipación²⁵⁴.

²⁵² Fine, Robert, *Democracy and The Rule of Law...*, p. 77

²⁵³ Marx, Karl, *Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel...*, p. 132

²⁵⁴ Ver, Fernández Liria, Carlos y Alegre Zahonero, Luis, *El Orden de El Capital*, Madrid, Akal, 2010, pp. 612 - 613

Antes que ellos, Edward Thompson había afirmado que el marxismo se había metido en un problema difícil al suponer que las libertades individuales y el Estado de derecho no eran otra cosa que instrumentos de dominación de clase. Desde la perspectiva de Thompson, la posición clásica (o dogmática) del marxismo frente a los derechos humanos y el Estado de derecho impedía ver que las libertades eran producto de luchas populares y que aún considerando que el derecho justifica un orden de dominación burgués también limita a la clase dominante²⁵⁵.

Definitivamente, estas interpretaciones de Marx permitirían colocar mejor su crítica al derecho en la reflexión contemporánea sobre los derechos humanos, el Estado, la organización del poder, etcétera. Tal y como dice Robert Fine, la crítica marxiana al derecho, aunque inacabada, tiene como fundamento desmitificar las categorías sacrosantas de lo jurídico que podrían llevarnos a la armonía total²⁵⁶. Esto, además estaría en consonancia con el Marx crítico del socialismo utópico del siglo XIX que enuncia conceptos como el de *justicia eterna* para criticar el capitalismo. En este sentido es famosa la crítica de Marx a la obra de Joseph Proudhon:

Proudhon comienza por extraer su ideal de justicia, la "justice éternelle" [justicia eterna], de las relaciones jurídicas correspondientes a la producción de mercancías, con lo cual, digámoslo incidentalmente, aporta la consoladora prueba para todo burgués filisteo de que la forma de la producción de mercancías es tan eterna como la justicia. Luego vira en redondo y pretende modelar, con arreglo a ese ideal, la producción real de mercancías y el derecho real correspondiente a ésta. ¿Qué opinaríamos de un químico que, en vez de investigar las leyes que efectivamente rigen la asociación y disociación de la materia, y en lugar de resolver sobre la base de las mismas determinados problemas, explicara esa composición y descomposición por las "ideas eternas" de la "naturalité" [naturalidad] y la "affinité" [afinidad]? Cuando se sostiene que la "usura" contradice la "justice éternelle" [justicia eterna] y la "équité éternelle" [equidad eterna] y la "mutualité éternelle" [reciprocidad eterna] y demás "verités éternelles" [verdades eternas], ¿sabemos algo más acerca de ella que lo que sabían los Padres de la Iglesia cuando aseguraban que contradecía la "grâce éternelle" [gracia eterna], la "foi éternelle" [fe eterna], la "volonté éternelle de Dieu" [voluntad eterna de Dios]?²⁵⁷

Entonces, conceptos como el de *justicia eterna* terminan por evadir el camino científico de la crítica de la sociedad en aras de un ideal humanista que para Marx resulta vacío y justificatorio de las relaciones de producción existentes. Esto es, la noción de Proudhon opera una abstracción que también oculta el origen humano de nociones como justicia, ley, derechos, etcétera.

De tal suerte que, según quienes reivindican al Marx republicano radical, la forma más rica de entender la crítica al derecho es asumiendo que ésta no implica un divorcio total entre socialismo y derecho. Más bien, implica entender que tras la pretensión de desenmascarar todo lo que ocultan las teorías modernas sobre las realidades sociales, está la intención de reconocer que el

²⁵⁵ Ver, Robert Fine, *Democracy and the Rule of Law...*, pp. 170 y ss.

²⁵⁶ Ver, Robert Fine, *Marxism and the Social Theory of Law...*, pp. 100 – 106.

²⁵⁷ Marx, Karl, *El Capital*, Tomo I, Madrid, Siglo XXI, 2010, p. 103

derecho también moldea a las sociedades. Esto supone reconocer que tanto la economía como el derecho son expresiones de las mismas relaciones de producción y que así como los socialismos no deben desaprovechar los frutos económicos y tecnológicos que ha dejado el capitalismo, tampoco deben desaprovechar los frutos del derecho “burgués”.

En lo que sigue, expondremos de forma más detallada esta perspectiva. Sin embargo, antes vale la pena tomar distancia respecto a la interpretación de Marx que hemos indicado en los párrafos anteriores y pensar cuál sería el punto de encuentro con el modelo de Estado de derecho que hemos estado discutiendo a lo largo de esta investigación.

Lo primero que hay que señalar es que intentar revalorar los orígenes republicanos de Marx, aún haciendo énfasis en su defensa de una democracia radical, entra en tensión con el Marx maduro en el cual la revolución juega un papel fundamental. Como se sabe el Manifiesto Comunista representa un giro importante en la carrera política e intelectual de Marx y no se puede olvidar el llamado a la violencia política hacia el final de éste: “Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados derrocando por la violencia todo el orden social existente”²⁵⁸. ¿Es compatible la posición de Marx en el *Manifiesto* con la idea del Estado de derecho? Desde nuestra perspectiva, es difícil imaginar que si el programa del *Manifiesto* se desarrollara en los términos en los que se escribió el resultado sería un *Estado Comunista de Derecho*. Igualmente difícil es pensar que ese fuera el objetivo de Marx. Démosle razón a Habermas, Revolución y derechos humanos están en tensión no fácilmente resoluble.

Ahora, esto nos obliga a pensar lo siguiente ¿Vale la pena volver al *joven Marx* como inspiración para un modelo de Estado de derecho contemporáneo? Desde nuestra perspectiva lo que es importante de la crítica temprana de Marx es que permite ver con claridad algunas de las mistificaciones que opera el modelo primigenio de Estado de derecho, la pretensión de neutralidad del derecho, así como la contradicción entre ciudadanía universal y las restricciones reales a los sectores desfavorecidos para ejercerla serían las más sobresalientes. De cualquier modo, si atendemos las anotaciones de Paolo Grossi, requeriríamos algo más, pues se supondría que el derecho contemporáneo, a través de los derechos sociales y las garantías de participación, ha permitido superar dicha mistificación.

²⁵⁸ Karl Marx & Friedrich Engels, *El Manifiesto Comunista*, Fondo de Cultura Económica, Turner, México, 2007. p. 187

En parte, podríamos decir que aún en las condiciones actuales del derecho, la crítica de Marx se sostiene en la medida en que podamos corroborar que los márgenes de desigualdad comprometen el ejercicio de los derechos políticos y la participación democrática. Al respecto, es importante subrayar cómo la crítica de Marx apunta a un ciudadano que es consistente con nuestra idea de un Estado de derecho que no sólo se configura racionalmente en las instituciones, sino que se defiende políticamente en las acciones ciudadanas.

8.4 El Marx de la Ilustración y sus implicaciones para el derecho

Carlos Fernández Liria y Luis Alegre Zahonero afirman que los teóricos liberales del derecho suelen identificar Estado de derecho y sociedad de mercado como las dos caras de la moneda de la Ilustración²⁵⁹. Siendo esto así, los conceptos de ciudadanía y de capitalismo estarían íntimamente relacionados, lo que implicaría que de la liberación de las ataduras tradicionales comunitarias de las sociedades feudales (religión, lazos de parentesco, etc.) deriva necesariamente una sociedad de mercado.

Significativamente, la tradición marxista ha compartido esta lectura de la Ilustración, lo que provocó entre otras cosas que el marxismo creyera que uno de los objetivos del socialismo era superar el derecho (*barrerlo con todo y su egoísmo*, según Pashukanis). Ciertamente hay elementos en el propio Marx que apoyarían esta lectura, pues tal y como dice Habermas: “Marx, en efecto, no concibe el Estado de derecho burgués de otro modo a como este se había entendido a sí mismo: de un modo liberal”²⁶⁰. Según esta concepción, para Marx el Estado de derecho se presenta como el garante de un contrato de todos los miembros de la sociedad hecho para sostener las condiciones “dentro de las cuales los individuos poseen el usufructo de la contingencia. Este derecho a poder deleitarse con lo contingente dentro de los márgenes de ciertas condiciones sin ser molestado, [y que hemos] llamado hasta ahora libertad personal”²⁶¹.

Si a esto agregamos el hecho de que la crítica de Marx se sostenía sobre el argumento de que la economía política había sido la piedra de toque para la construcción del Estado, tenemos un panorama donde las leyes naturales de la economía deben asegurar las promesas de los derechos naturales. Así, según Habermas, la crítica a la economía política que realiza Marx tenía el

²⁵⁹Ver, Fernández Liria, Carlos & Alegre Zahonero, Luis, *El Orden del Capital*, pp.19 – 22; 239 -244

²⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Teoría y Praxis...*, p. 113

²⁶¹ Marx, Karl, “La Ideología Alemana” en *Werke*, vol. III, Berlín, 1959, p. 62. Citado por Jürgen Habermas en *Teoría y Praxis...*p. 113

objetivo de probar que el libre tráfico de propiedades privadas excluye la igualdad de oportunidades de disfrute de autonomía para todos los individuos. Si lograba esto, desenmascaraba la revolución burguesa como revolución de clase lo que llevaría aneja la conclusión de que el interés de la burguesía no es identificable con el interés de toda la sociedad y, por lo tanto, sus leyes serían solo un instrumento para perpetrar un interés de clase²⁶².

La cuestión es que al pensar que los principios jurídicos de la sociedad moderna son identificables con el fundamento de la sociedad capitalista, el marxismo ha tenido que desarrollarse fuera de los confines de la Ilustración colocándose en una incómoda posición en la que, por el desprecio del concepto de ciudadanía se ve obligado a:

[...] coquetear con toda suerte de holismos y comunitarismos que, en su ensalzamiento de los valores de la cooperación y lo colectivo, estaban necesariamente abocados a fundar una especie de nueva religión. Se anunciaba, así, “un hombre nuevo” destinado, al parecer, a superar el egoísmo del individualismo burgués. [De tal suerte que el marxismo como opción política no podría postular otra cosa que un socialismo utópico y] hacer más que el ridículo al compararse con las teorizaciones del llamado “derecho burgués” que tenían lugar en el seno de la Ilustración²⁶³.

Esto, según Fernández y Alegre es una interpretación poco provechosa de Marx, sobre todo si pensamos que, normativamente hablando, el derecho es la única institución que permite al ser humano liberarse de las ataduras del viejo orden que Marx tanto criticaba. En palabras de los autores:

El derecho es como una escalera –la única que ha inventado el ser humano– para escalar por encima de las servidumbres religiosas. Si se pretende subir un peldaño más alto, es inevitable volver a caer al suelo. Y eso ha sido lo que, efectivamente, ha ocurrido de forma invariable. La historia dejó muy claro que más allá del derecho no se encontraba más que el más acá de la religión, la tradición y la superstición.²⁶⁴

Para Fernández y Alegre es importante considerar que en la teoría de Marx existe la expectativa de un “nuevo hombre”, pero precisando que parte de la crítica marxiana al capitalismo es que éste impide el desarrollo de la libertad y de la razón humana. Ante ello, según nuestros autores, habría que concluir que cuando Marx habla de un “nuevo hombre”, de un hombre emancipado de las relaciones de producción capitalista, bien podría ser el ciudadano de la Ilustración. Es decir que ese “nuevo hombre” puede ser el ciudadano que participa activamente

²⁶² Ver, Habermas, Jürgen, *Teoría y Praxis...*, p. 113

²⁶³ Fernández Liria, Carlos y Alegre Zahonero, Luis, *El Orden del Capital...*, p. 244

²⁶⁴ Fernández Liria, Carlos y Alegre Zahonero, Luis, *El Orden del Capital...*, p. 244

en la dirección de los asuntos del Estado y que ha logrado reconducir su egoísmo al considerar que la colegislación es la mejor de las opciones en el panorama político-legislativo en tanto que garantiza reciprocidad y racionalidad. Al respecto recuerda Gareth Stedman que Marx había escrito que el “verdadero republicanismo”, significa luchar por una “nueva forma de Estado completamente nueva que se corresponda con una conciencia popular más profunda, más ilustrada y más libre”²⁶⁵

Fernández y Alegre reconocen que desligar el concepto de ciudadanía del concepto de propiedad privada no es tarea sencilla pues todo sujeto de derecho requiere de dicha propiedad. Esto quiere decir que debemos evitar la tentación de ocultar o negar que el cuerpo es la base material de los derechos: la propiedad nos permite ser dueños de nosotros mismos y, por tanto, es la condición de posibilidad para afirmarnos como ciudadanos (de ahí la importancia de los derechos sociales). La carencia de un sustento desvanece las posibilidades para un individuo de tomar decisiones libremente, lo cual lo expulsa del terreno de la ciudadanía.

El problema es que desde la óptica capitalista todos somos propietarios de nuestra fuerza de trabajo y por lo tanto todos somos ciudadanos libres de tomar decisiones, especialmente cuando se trata de realizar relaciones contractuales. Esto, desde la perspectiva de Fernández y Alegre, es una *ficción napoleónica* que ha resultado muy conveniente para esconder una esclavitud *de facto* a través de una libertad *de iure*. Ningún republicano – afirman- habría aceptado la ficción de que todos somos propietarios por el sólo hecho de ser poseedores de nuestra fuerza de trabajo. A ello podría objetarse que muchos de estos teóricos republicanos (Harrington, Montesquieu e incluso Rousseau) utilizaban esa posición para fundamentar una democracia censitaria o una república aristocrática y que frente a ellos el capitalismo ha puesto la ciudadanía al servicio de todos los hombres. A lo cual, desde la perspectiva crítica de Marx, se podría responder que los republicanos aristocráticos al menos estarían evitando encubrir desigualdades sociales con entelequias jurídicas.

Así, quedaría perfectamente claro que la lucha por una democracia radical (sufragio universal, participación activa, etcétera) depende no sólo del reconocimiento de derechos políticos universales, sino de la universalización de la propiedad. Es por ello que Marx insistió con tanta vehemencia en que constituir la fuerza de trabajo en mercancía sólo es posible a través de una

²⁶⁵ Citado en Gareth Stedman, “Del republicanismo al comunismo” en *El Manifiesto Comunista de Marx y Engels*, México, Fondo de Cultura Económica – Turner, 2007, p. 73

expropiación violenta de las condiciones de trabajo de la población. Volveremos más adelante sobre este tema.

En la búsqueda de la influencia de la Ilustración en Marx resultan significativas las anotaciones de Oskar Negt, quien afirma que es posible encontrar en él ecos kantianos que deberían indicarnos que el filósofo de Renania no abandonó su herencia ilustrada – republicana y que, por tanto, podría asegurarse que la crítica marxiana al derecho no supone un desprecio por éste. Para sostener esto, Negt argumenta que la ética kantiana y la economía marxiana describen dos polos del mundo burgués que no se han superado:

Nadie ha penetrado con tanta hondura en el misterio de lo moral como Kant. Nadie en la historia europea se ha ocupado con tanta intensidad con la lógica del capital y las leyes del movimiento económico como Marx [...] Ninguno de los discursos éticos modernos puede pasarse sin una elaboración crítica de la posición kantiana; ninguna investigación actual del sistema económico, del modo de producción capitalista y de la producción de mercancías puede arreglárselas sin ocuparse con la teoría social marxista. Ambas designan de manera específica en cada caso puntos angulares del mundo burgués, cuyo horizonte, a pesar de las reiteradas manifestaciones en este sentido, no hemos cruzado en modo alguno.²⁶⁶

Para Negt, tanto Kant como Marx denunciaron la mercantilización del ser humano y la conversión de este en un medio para los intereses particulares. Ambos notaron que “en el progreso del conocimiento y el saber, es más, en el aprovechamiento de las disposiciones técnicas y pragmáticas de los seres humanos, hay establecido un progreso en el sentido de la ilustración y la emancipación”²⁶⁷. Y precisamente porque compartían esta visión del mundo, los conceptos de dignidad y autonomía que Kant enunció para evitar entender al ser humano como un medio fueron un “aguijón en la carne del movimiento socialista”²⁶⁸. La dignidad, la libertad y los derechos humanos fueron los principales reclamos contra el régimen soviético, lo que acarrió la conclusión en algunos pensadores marxistas de occidente (especialmente dentro de la Escuela de Frankfurt) de que quitarle el *gorro frigio* o el traje ilustrado a Marx resultaba en un muy mal negocio. En palabras de Negt:

Cuanto mayor era la dureza con la que la ortodoxia marxista pasaba a un primer plano como doctrina económica y doctrina de la lucha de clases, tanto más decididamente se trabajó con exclusiones. Mientras la economía adoptaba el estatus de una materia dura, sólo accesible al análisis científico, aquellos problemas éticos de la dignidad, la justicia y en general de contemplar el socialismo como la cuestión de una conformación más humana de las cosas,

²⁶⁶ Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un Diálogo entre Épocas...*, p. 77

²⁶⁷ Negt, Oskar, *Op. Cit.*, p. 80

²⁶⁸ Negt, Oskar, *Op. Cit.*, p. 71

fueron aherrojados cada vez con más fuerza en el ámbito del encubrimiento ideológico y del autoengaño.²⁶⁹

Así, juristas socialdemócratas como Karl Renner, insistieron en una lectura marxista del derecho, según la cual el derecho debía pasar por un proceso de desmistificación para denunciar las condiciones de desigualdad ocultas por el *formalismo liberal*, pero que eso distaba mucho del desprecio franco y llano que habían manifestado tanto el nazismo como el stalinismo por el derecho. De hecho, para Renner “sólo con el socialismo podía realizarse el Estado de derecho, pues con el capitalismo el derecho se encuentra viciado por los intereses privados”²⁷⁰.

Para finalizar esta sección vale la pena anotar dos cosas. La primera, es que, si bien han sido las corrientes marxistas occidentales quienes han intentado reivindicar el origen republicano e ilustrado de Marx, definitivamente no han sido exclusivamente ellas. A modo de ejemplo puede citarse la posición del filósofo estadounidense Ian Shapiro:

Marx fue un producto de la Ilustración y como tal, estaba profundamente comprometido con el espinoso maridaje de la concepción científica de las disposiciones sociales humanas con una robusta concepción de los derechos individuales. Si bien existen diferencias entre la concepción marxista y la liberal de esas dos nociones, con demasiada frecuencia se exageran las disimilitudes y se soslayan los puntos comunes.²⁷¹

La segunda cuestión que quisiera anotar es que, como dice Robert Fine, el carácter ilustrado de Marx puede verse con mayor claridad si se enfatiza la postura de Marx de que el ser humano no es ni mercancía, ni sujeto abstracto. Esta idea le permite a Marx colocar al trabajador como un sujeto de derecho que puede emanciparse, pues al ser propietario de esa fuerza de trabajo ya no es un mero engranaje de la cadena productiva. De esta forma, Marx puede mantener la crítica a la equiparación de la posesión de la fuerza de trabajo con las posesiones del capitalista, sin dejar desprovisto al proletariado de medios jurídicos para encaminar su autodeterminación²⁷².

8.5 El trabajador como dueño de sí mismo. Caminos para la ciudadanía universal.

Dijimos párrafos atrás que parte importante de la crítica de Marx al capitalismo tenía que ver con la ficción de que capitalista y proletario realizan contratos libres en igualdad de condiciones. Así,

²⁶⁹ Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un Diálogo entre Épocas...*, p. 70

²⁷⁰ Ver, Fine, Robert, *Marxism and the Social Theory of Law...*, p. 107

²⁷¹ Shapiro, Ian, *Los Fundamentos Morales de la Política...*, p. 99

²⁷² Fine, Robert, *Marxism and the Social Theory of Law...*, pp. 113 - 114

lo que hacía el derecho burgués, según Marx, es ocultar una realidad de desigualdad con una igualdad jurídica formal. Se oculta pues que lo que explica la dinámica del capitalismo es la conversión violenta de la fuerza de trabajo en mercancía. Así, dicen Fernández y Alegre, lo que pretende el capitalista es negociar con el trabajador en términos de una negociación individual. De esta manera los salarios estarían sometidos a la lógica mercantil, lo que permitiría especular con esa mercancía llamada “fuerza de trabajo” y además pagarla al precio más competitivo.

Justamente por eso, resultaron fundamentales los derechos de negociación colectiva logrados durante el siglo XX, pues ellos constituyeron un reconocimiento de las diferencias entre clases y un reconocimiento de que existen razones de peso para que el trabajo no esté sometido a la lógica de los intercambios individuales. Si esa lógica no se hubiera roto, la gran mayoría de la población no podría ejercer derechos civiles, ni políticos.

En parte, esa lógica de someter el trabajo al mercado explica por qué Marx se dedicó gran parte de su vida a criticar las relaciones económicas dejando de lado una crítica más sistemática del derecho o una teoría de la democracia. Marx percibía que la esencia del “derecho igual” era la desigualdad entre trabajo y capital donde los trabajadores reciben en forma de salario sólo una parte del valor de su fuerza de trabajo. Así, para Marx resultaba fundamental descubrir cómo es que se había consolidado ese tipo específico de intercambio. A pesar de ello, Robert Fine asegura que en su obra podemos encontrar una crítica jurídica aneja a la crítica a las relaciones económicas de tal suerte que podríamos decir que la crítica jurídica –que el propio Marx tuvo en mente- estaba destinada a completar la crítica económica. De hecho, el negar que existe esa crítica jurídica ha llevado a las consecuencias más desafortunadas, entre ellas, la idea de que las relaciones capitalistas han reducido las relaciones entre las personas a relaciones entre cosas. En palabras de Fine:

[Esta interpretación] será ciertamente poco convincente para quienes pueden ver ante sus ojos que el capitalismo también trae consigo la idea de la integridad de la persona humana, la libertad individual, la igualdad ante la ley, los derechos individuales, etcétera. La crítica del aspecto materialista (i.e. económico) de la sociedad capitalista será necesariamente parcial y vulnerable si no es acompañada por una crítica de su aspecto humanista (i.e. jurídico). La crítica de la economía política debe estar integrada con una crítica de la ciencia del derecho.²⁷³

El punto de partida de dicha crítica es la propiedad privada y su idealización. En ese sentido, Marx recuerda que Hegel había tomado la propiedad privada como la célula del pensamiento

²⁷³ Robert Fine, *Democracy and the Rule of Law...*, p. 98

legal. Dicha idealización ha llevado a entender la *apropiación de la naturaleza* como un medio para la vida en lugar de la realización de la individualidad. Este camino llevará a Marx a cuestionar la idea de que la propiedad privada debería ser entendida como la forma natural y racional válida para todos los tiempos. La propiedad privada es un tipo de propiedad específico de un momento histórico determinado, así, la idea de que la posesión de una propiedad puede ser el atributo de un individuo abstracto que está aislado de otros individuos es lo que conforma el núcleo del fetichismo jurídico de la modernidad²⁷⁴.

Con todo, Marx ve en la propiedad privada un elemento para el desarrollo de la individualidad, la crítica a ella se centra en que reposa en el trabajo alienado y en la utilización de los otros como medios. El rasgo distintivo de esto es que en el intercambio de fuerza de trabajo por salario que hace el trabajador con el capitalista se presume que hay libertad comercial. Sin embargo, para Marx lo que hay es una relación de explotación en la que el trabajador no recibe un pago por el valor generado por su trabajo, sino solamente lo equivalente a recuperar una parte de su fuerza de trabajo, lo que deja al trabajador en una relación de alienación con lo producido.

Las características de esta forma de intercambio llevaron a filósofos como Lukács a afirmar que los trabajadores eran una mercancía y que esa condición es la que los vuelve autoconscientes de su existencia, que es lo que finalmente les permitirá la organización como clase, así como la posibilidad de tomar el poder. Al respecto, Robert Fine comenta que para Marx era la socialización del trabajo dentro del capital lo que permitía la organización de la clase trabajadora. Así, una vez organizada, la clase trabajadora comienza a entenderse no como una mera mercancía que utiliza el capitalista, sino como sujetos libres dueños de una propiedad privada muy específica: su fuerza de trabajo.

Como mencionamos párrafos atrás, este postulado de Marx tiene una significación jurídica muy relevante. Esto se ve en tres aspectos: primero, si los trabajadores son dueños de una propiedad privada entonces también son co-partícipes de la riqueza común, lo que hace que su lucha por la autodeterminación sea materializable en la arena jurídica; segundo, si los trabajadores pueden organizarse como sujetos libres y oponer su derecho al derecho establecido, entonces la ley puede ser también un escenario para la lucha de clases; tercero, que la santidad de la propiedad privada operada por la modernidad, al trasladarse al terreno del trabajador, permite que se refunden los conceptos de igualdad jurídica y de libertad.

²⁷⁴ Ver, Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law...*, pp. 103 - 105

Esta interpretación de Marx parece abrirnos el camino para la construcción de un Estado de derecho en el que ni los trabajadores, ni las masas populares estén desprotegidas frente a la dinámica capitalista. Un Estado de derecho en el que se reconozca *materialmente* la igualdad y la libertad, esto es, un escenario jurídico donde los trabajadores no sólo tienen derechos reconocidos formalmente, sino donde tienen la posibilidad de apropiarse del derecho para exigir la materialización de esos derechos.

Significativamente, esta perspectiva no apunta a la creación de un Estado asistencial en el que trabajadores y masas populares quedan a la expectativa de que el Estado los asista para incluirse dentro de la dinámica jurídica y política, sino que apunta a un Estado democrático en el que la participación activa de los trabajadores en la producción de riqueza común les permite a su vez la inclusión política y jurídica. Esto ha sido un punto clave para los teóricos socialistas del derecho como el filósofo español Elías Díaz, quien establece que la participación de los trabajadores, en tanto creadores de la riqueza común, es un aspecto primordial para la construcción de un *Estado democrático de derecho*.

De tal suerte que lo que Marx nos plantea al reconocer que los trabajadores efectivamente son dueños de su fuerza de trabajo y propietarios es el reconocimiento de que la revolución burguesa condujo a la construcción de condiciones jurídicas que permitirían el mutuo reconocimiento no sólo entre los miembros de la clase dominante, sino también el reconocimiento de la personalidad de las clases subalternas. Más aún, pareciera que los obreros deberían hacer uso de ese reconocimiento implícito en la construcción del derecho moderno para abrir otro horizonte de lucha. Esto desde luego no resuelve la tensión entre revolución y lucha por los derechos que hemos mencionado párrafos atrás; sin embargo, sí nos proporciona elementos para pensar la ciudadanía universal en el Estado de derecho.

Aquí vale la pena traer de nuevo a Habermas a la discusión. En sus *Tanner Lectures* incluidas como apéndice a *Facticidad y Validez*, el filósofo alemán afirma que es posible construir un Estado social sin democracia, es decir que en alguna medida se pueden cumplir ciertos horizontes de igualdad material sin que ello implique cumplir con el paradigma moderno del autogobierno. Esto, según Habermas nos dejaría en un escenario fatal para el Estado de derecho, pues le permitiría a quienes detentan el poder desactivar las dinámicas sociales de diálogo que instituyen la racionalidad del propio Estado. Es decir, que la apuesta por la participación no sólo en la repartición de la riqueza social, sino en la determinación de los asuntos políticos apunta

precisamente a la construcción de un Estado racional donde tengamos medios materiales para una existencia digna, pero también medios para poder reconocernos en la determinación de nuestro futuro.

Capítulo 9. Carl Schmitt: crítica al Estado de derecho.

9.1 Ecos de Marx y el lado oscuro de la soberanía

Carl Schmitt es sin duda una de las figuras jurídicas europeas más emblemáticas del siglo XX. A ello contribuyen tanto su talante intelectual como su inquietante lectura hobbesiana de los fenómenos jurídicos y políticos. El retrato que hace de él Gadamer resulta ilustrativo: *era un gigante, un enorme jurista, infinitamente superior a todos los juristas de su época... Pero Carl Schmitt tenía algo de luciferino*²⁷⁵. Fue, según sus propias palabras *el último representante consciente del jus publicum Europaeum*²⁷⁶. Defensor pues del derecho internacional público que había nacido en los albores del siglo XVI y el XVII tras los dilemas jurídicos que habían generado las conquistas trasatlánticas de España y Portugal, los nuevos mares y las guerras civiles religioso confesionales. Se ha dicho que el teólogo español Francisco de Vitoria y el jurista holandés Hugo Grocio fueron los primeros en sistematizar e intentar resolver los problemas jurídicos de aquellos siglos; Schmitt reconoce su valía pero advierte que al realizar la defensa de aquel *jus publicum Europaeum* quienes le acompañan son Thomas Hobbes y Jean Bodin, los teóricos clásicos del Estado soberano, del Estado moderno.

Desde esa posición de defensor del Estado soberano, fue también uno de los críticos más persistentes a la concepción del Estado de derecho. El núcleo de su crítica consiste en combatir la pretensión liberal de que el Estado de derecho es un concepto neutral en lo político. En concordancia con la lectura de Marx, Schmitt afirma que la supuesta neutralidad del concepto en realidad esconde la dominación política que ejercían las facciones liberales en los países donde se había adoptado el modelo de Estado de derecho. Ante ello, Schmitt propone revalorar la dimensión política del Estado y admitir que el intento de eliminar la confrontación entre amigos y enemigos en el campo social no es más que una ilusión. Según el jurista alemán, de dicha ilusión, la de la mediación, había sido presa Jean Bodin, pero Thomas Hobbes se había encargado de

²⁷⁵ Antonio Gnoli & Franco Volpi, “El último filósofo, entrevista con Hans- Georg Gadamer” en *Letras Libres*, No. 26, Febrero 2001.

²⁷⁶ Carl Schmitt, *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945 – 1947*, Trotta, España, 2010, p. 67.

desbaratarla²⁷⁷. Schmitt, no está de más recordarlo, defiende la lectura absolutista de Hobbes sobre el Estado.

Para nuestros fines, la revisión de la crítica de Schmitt al Estado de derecho es importante por tres cuestiones. Primero porque permite reforzar la idea de la dimensión política del Estado de derecho, esto es, la idea de que detrás de la configuración técnica de éste existe una fuerza política determinada que la diseña; segundo, porque ilustra la tensión entre Estado de derecho y democracia, lo que nos permitirá elaborar con mayor claridad la tesis de Chantal Mouffe sobre la “paradoja democrática” que relatamos en el capítulo tercero de esta sección; tercero, porque su crítica al Estado de derecho permite observar con claridad el conflicto político que está en el centro de la configuración del constitucionalismo, a pesar de que la propuesta de Schmitt en torno a la realidad política del Estado resulta completamente opuesta a nuestros propósitos, la idea de conflicto político schmittiana nos permite avanzar en la idea de la identidad política del Estado de derecho que es central para la conceptualización de la dimensión político participativa del Estado de derecho.

9.2 La especificidad de lo político. Sobre la imposibilidad de neutralizar el conflicto.

En las páginas siguientes abordaremos la descripción y crítica que hace Schmitt a la concepción del Estado de derecho, pero antes de entrar de lleno en la materia consideramos que es pertinente señalar brevemente las características que el jurista alemán da a *lo político* pues en ellas se afianza su crítica al Estado de derecho.

La caracterización de *lo político* es un elemento que atraviesa toda la obra schmittiana de una forma u otra, sin embargo, es en su texto *El concepto de lo político* donde encontramos la formulación más precisa. La interrogante fundamental para el jurista alemán es *¿cuáles son las categorías específicamente políticas?* Responder esta pregunta, piensa Schmitt, supondría dar una distinción autónoma que se imponga como criterio simple de lo político. La única distinción que tiene tales características es la de *amigo y enemigo*. Por supuesto, esta distinción no tiene la pretensión de contener una definición exhaustiva, se trata, más bien de una distinción con la que se pretende obtener un criterio autónomo para conceptualizar lo político.

²⁷⁷ Cfr. Carl Schmitt, *Ex captivitate salus...*, pp. 61 y ss.

La idea de Schmitt es que esta distinción le es propia sólo a lo político. No puede caracterizar a la moral, a la estética, a la ciencia, a la economía o a ninguna otra actividad humana. El sentido de esta distinción es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o una separación, de una asociación o disociación:

El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo.²⁷⁸

Enemigo es pues un adversario que obstaculiza nuestra existencia. Aquí resalta por supuesto la noción de conflicto, el cual, según Schmitt, sólo puede ser resuelto entre los implicados. Sólo estos pueden decidir si la alteridad del extraño implica un obstáculo para el *propio modo de existencia* y, en consecuencia, sólo ellos pueden decidir si deben rechazarse o combatirse para mantener la *propia forma esencial de vida*. Así, la relación de amigo y enemigo no es sólo un dato histórico o sociológico, sino la condición de posibilidad para la existencia política de cualquier pueblo, sin la presencia del otro que nos amenaza resulta imposible afianzar nuestra existencia pública, requerimos de ese otro para ser reconocidos. Dice Schmitt:

Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público[...]²⁷⁹

Esa enemistad pública según Schmitt se puede manifestar de dos formas: la primera es *la lucha armada entre unidades políticas organizadas* que implica el enfrentamiento entre dos estados soberanos; la segunda es la que se realiza en el seno de una sociedad política organizada e implica una guerra civil²⁸⁰. En ambas, lo que está en juego es la soberanía del Estado y el espacio público, está en juego la unidad política. Para Schmitt, justamente la posibilidad de un enemigo que comprometa un espacio público que consideramos nuestro es lo que nos permite permanecer agrupados como una unidad política con una dirección social, económica, cultural específica. Nos reafirmamos como pueblo frente a otro pueblo o unidad política.

²⁷⁸ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Alianza, España, 1991, p. 57

²⁷⁹ Carl Schmitt, *El concepto de lo político...*, pp. 58 - 59

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 61

He aquí la formulación de Schmitt que ha sido reivindicada por Chantal Mouffe y Ernesto Laclau. Según ellas, es importante volver a esa formulación para no perder de vista la imposibilidad de neutralizar el conflicto político a través de un derecho racional, pretendidamente neutral. En el capítulo 3 abordaremos profusamente esta discusión. Por el momento baste decir que la aproximación es problemática porque parte de la idea de un espacio público unitario, siempre dispuesto a la guerra y siempre en constante amenaza. Porque, aún eliminando un enemigo y conformando cierta unidad política sólida, nada nos asegura que dicha unidad no será confrontada por otro enemigo (externo o interno) que aún no aparece en el horizonte. Es decir que, a pesar de que le pudiéramos dar la razón a Schmitt de que hay ciertas evidencias antropológicas que sustentan su tesis, sería importante tomar distancia respecto a las conclusiones de llevar esa antropología a sus últimas consecuencias.

Las soberanías requieren un *nosotros* sólido que pueda enfrentarse al *extraño enemigo* para garantizar su propia existencia. Esto es cierto incluso para democracias constitucionales que se construyan sobre tesis cosmopolitas. Siempre existirán enemigos internos y externos para los valores democrático constitucionales. Esto implica que a las visiones filosófico racionales de la democracia constitucional siempre hay que anteponer una cierta dosis de *realismo político* y *antropológico* que nos permita reconocer las amenazas de las que puede ser presa. Sin embargo, eso no tendría que implicar suscribir la tesis de Schmitt (o del propio Hobbes) sin cortapisas y suponer que nuestras unidades políticas requieren situarse en un estado de alerta constante. Lo cual, por cierto, es parte también del problema de las tesis de Mouffe y Laclau que retomaremos más adelante.

Finalmente, es importante reconocer que la crítica fundamental de Schmitt a la teoría del Estado de derecho es la pretensión de haber resuelto la conflictividad política con principios formales de legalidad y principios de moderación del poder. Para el jurista alemán ambos principios son el resultado de la victoria de la burguesía en el ámbito político y sólo si entendemos eso podemos darle su justa dimensión al Estado de derecho. Es decir que, aún considerando que la instauración del Estado de derecho implica la victoria de la razón ilustrada (universal), deberíamos estar conscientes de que eso conllevó la derrota de las facciones políticas que hayan defendido algún proyecto distinto. De tal suerte que, sería lógico pensar que, para preservar aquello que constituye el Estado de derecho, es necesario generar lealtades políticas y sociales alrededor de él.

9.3 La Constitución del Estado *burgués* de derecho

En su *Teoría de la Constitución*, Schmitt desgrana los presupuestos del Estado de derecho y explica cómo estos se encontrarán ante un callejón sin salida cuando intenten funcionar como herramientas para eliminar el conflicto político. Son dos los elementos constitutivos de este tipo de Estado según el jurista alemán: los derechos fundamentales y la división de poderes. Ambos son introducidos en la dinámica estatal con el objetivo de combatir el absolutismo para lo cual será la ley la que funcione como *palanca de Arquímedes*. Es la ley la que establecerá las condiciones específicas de la división de poderes y también la que garantizará la protección de los derechos fundamentales. Para Schmitt el Estado de derecho se configura como un Estado en el que se pretende someter toda acción (del gobierno o de los particulares) a las condiciones que especifiquen las leyes y donde las leyes pretenden ser legítimas por una racionalidad que descansa en su generalidad.

Para Schmitt, el Estado de derecho es un Estado con una Constitución que busca defender el individualismo burgués. Entre los valores intrínsecos a dicha Constitución tendríamos a la libertad personal, la propiedad privada, la libertad de contrato de industria y de comercio. Es decir, se trata de una Constitución liberal que se contrapone a toda construcción absolutista del Estado.

Su sentido y finalidad [el de la Constitución], su *telos*, es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire*, según la división de Montesquieu, sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público. Así pues, se funda, como dice Kant, «en primer término, según los principios de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto seres humanos».²⁸¹

De la libertad burguesa se deducen dos consecuencias que son las que dan sentido a la Constitución liberal: primero, la libertad del individuo es anterior al Estado y por tanto, ella es *ilimitada en principio* mientras el poder del Estado para intervenirla es *limitado en principio*; segundo, el poder del Estado se divide y reparte en un sistema de competencias. Estas son las características típicas de la Constitución del Estado de derecho que se han expresado como derechos fundamentales y división de poderes.

²⁸¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, España, 2011, p. 182

En este Estado el respeto al derecho y a los derechos están por encima de la existencia política y seguridad del Estado. Es un tipo de estatalidad que se opone a la del Estado de fuerza, el Estado policía, el Estado de bienestar o cualquier otro tipo de Estado que “no se proponga exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico...burgués basado en la propiedad privada y la libertad personal”²⁸². Con todo, su dimensión específica la dan el principio de legalidad, la designación precisa de las tareas de los distintos poderes y el control judicial de la administración.

En este sentido, sólo es posible designar como Estado de derecho a aquel donde la libertad pueda ser restringida exclusivamente por una ley, que es la garantía de la *libertad burguesa*; aquel donde las competencias de los distintos poderes estén rigurosamente circunscritas, es decir, donde toda autoridad está limitada en su acción desde el principio por una serie específica de prerrogativas; y aquel donde el poder judicial sea independiente tanto para resolver los conflictos entre particulares como para controlar el poder de la burocracia administrativa.

Lo significativo para Schmitt es que se omita o se niegue que las características del Estado de derecho son conquistas de las facciones burguesas frente a los poderes monárquicos, lo que implica que el Estado de derecho tiene una eminente dimensión política. Así, desde la óptica del jurista alemán resulta inconsistente darle a estas características un halo de neutralidad, como si los triunfos políticos de la burguesía pudieran ser calificados como los triunfos de la humanidad. Para Schmitt el Estado de derecho no puede entenderse como la construcción más legítima de un Estado, ni como un ideal universalizable, sino como la conquista política de un grupo específico dentro de la sociedad que, por supuesto, puede ser derrotado y suplantado.

Desde luego, el planteamiento de Schmitt no deja de ser problemático, pues una cosa es admitir la dimensión histórico política del Estado de derecho y otra, muy distinta, admitir que la configuración del Estado de derecho no admite una formulación racional universal. Es decir, en tanto que la Constitución se funda en principios de igualdad, es perfectamente posible pensar que se trata de un programa que pueden aceptar diversas facciones políticas. Ciertamente puede haber polémicas respecto a lo que se entiende por igualdad y su alcance, pero ello no quiere decir que, por ejemplo, liberalismo y socialismo no puedan coincidir en un marco común de Estado de derecho. Con todo, de la postura de Schmitt vale la pena subrayar la idea de que el Estado de

²⁸² *Ibíd.*, p.187

derecho podría ser derrotado políticamente y que, por ello, requiere no sólo de un andamiaje conceptual sólido, sino una ciudadanía dispuesta a defenderlo.

En otro registro, Schmitt piensa que, la nota específica de la neutralidad en el Estado de derecho es la de la *conformación judicial general de toda la vida del Estado* y que ello también presenta problemas de *evasión de lo* político, pues según la tesis constitucionalista, todas las controversias entre particulares, entre los particulares y el Estado o entre autoridades del Estado deben dirimirse en sede judicial. Para Schmitt, si analizamos la diversidad de litigios que podrían darse dentro de un Estado tendríamos que admitir que la pretensión de judicializar todos los conflictos es imposible, sobre todo si por judicializar entendemos procesos donde no juega lo político. Esto es evidente, según el jurista alemán, por ejemplo en las acusaciones contra ministros o presidentes realizadas por los órganos de representación popular, los litigios constitucionales, así como el examen de actas de las elecciones. En esos procesos la *generalidad judicial* se rompe al establecer tribunales especiales para dirimir este tipo específico de controversias (tribunales políticos, constitucionales y electorales) cuyas decisiones tendrán un cariz eminentemente político, son decisiones que por su naturaleza favorecen a uno de dos enemigos en disputa.

Desde la perspectiva de Schmitt, para que pudiéramos llamar judiciales a todos estos distintos procesos se requeriría de una norma general que pudiera igualar la forma de las decisiones. Es decir que sería necesario que en cada uno de estos procesos hubiera un resultado final al que pudiéramos identificar como *decisión judicial*. Pero lo cierto es que al menos en los procesos citados (juicio político, juicio constitucional, juicio electoral) el producto final no corresponde del todo con el que se daría si se tuviera una norma general. Cada una de estas instancias judiciales opera según reglas y procedimientos especiales lo que hace que los jueces en dichos litigios resulten más bien mediadores. Dice Schmitt:

[...] habría de haber, para ese ideal de Estado de Derecho [el de la *conformación judicial general*], un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y objeto litigioso, se decidiera a la manera del procedimiento judicial. Con esto se olvida que el supuesto más importante de un tal procedimiento es que haya normas generales en vigor[...] Allí donde esa norma falta, puede hablarse, a lo sumo, de un procedimiento de mediación, cuyo resultado práctico depende de la autoridad del mediador.²⁸³

²⁸³ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...* p. 190

Para Schmitt, en los procedimientos citados falta una norma general de la que dependa el juez, es precisamente la ausencia de dicha norma lo que provoca que sus decisiones sean políticas. Cuando los jueces de estos tribunales especiales deciden un litigio político, constitucional, electoral lo hacen según reglas especiales y según “la atención al carácter político mediante singularidades de organización u otras [singularidades]”.²⁸⁴ Todo esto es relevante porque con ello Schmitt pretende desenmascarar la presunta neutralidad de los órganos creados para solucionar disputas de orden constitucional, a la vez permite señalar los “huecos” por donde la política se introduce en las instituciones del Estado de derecho.

La cuestión problemática con Schmitt es que, de sus descripciones se desprende la idea de que existe una identificación entre poder político y derecho que no puede romperse sin resquebrajar al mismo tiempo el Estado moderno. Es decir, el Estado de derecho opera bajo una tensión: querer limitar con el derecho el poder de quien hace el derecho. En tanto la modernidad ha entendido ese poder como soberano con el objetivo de consolidar unidades políticas que se correspondan con el desarrollo de grandes urbes y poblaciones complejas, resulta imperioso delimitar el *nosotros* y reconocer la soberanía como el principio ordenador (ilimitado). Sin el respeto a la soberanía, las unidades políticas entran en riesgo y, por lo tanto, también la pretensión de gobernar sobre grandes extensiones territoriales y urbes complejas. Schmitt nos presenta, pues, una lectura apocalíptica de la modernidad: o se asume el principio de soberanía hasta sus últimas consecuencias, o se desmorona la modernidad política.

Se trata de una tesis de larga tradición (con ecos contemporáneos en las lecturas de Chantal Mouffe sobre la democracia), arraigada en las reflexiones hobbesianas. Tesis combatida desde un inicio con la famosa afirmación de Locke de que defender la soberanía ilimitada sería análogo a intentar protegerse de las mofetas metiéndose a la jaula de los leones. Con todo, la cuestión es que, aunque definitivamente la tesis de la soberanía absoluta es incompatible con la tradición constitucionalista, las advertencias de Schmitt (al igual que las de Marx) sobre la lucha política que se disputa dentro del Estado de derecho nos obliga a pensar los límites de la neutralidad dentro del modelo constitucional. Esto es, resulta importante preguntarse por el alcance de la pretensión de que las conductas más significativas de una sociedad se regulen siempre con el derecho ¿Es pues el imperio de la ley una pretensión que pueda cumplirse sin atender las luchas políticas al interior de un Estado?

²⁸⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 191

Lo que nos presenta Schmitt es un cuadro en el que Estado de derecho está identificado con la pretensión de una ley igual para todos que regule las conductas de los ciudadanos, pero donde al mismo tiempo se olvida que esa ley es producto de la racionalidad específica de una facción política. En ese sentido, Habermas recuerda en *Teoría y Praxis* como la pretensión de la neutralidad de la ley “fue siempre ideología”. Al mismo tiempo, el propio Habermas ha escrito que precisamente la dinámica democrática dentro del Estado de derecho sería la que podría garantizar la racionalidad del ordenamiento jurídico, sin que ello supusiera neutralizar el conflicto político. No sobra decir que, para Schmitt, la solución de Habermas no resultaría adecuada, pues la democracia no erradicaría la voluntad política -no necesariamente racional en términos liberales- que define la ley.

9.4 Ley y Estado de derecho. Lo político en la Constitución

De todo lo anterior podríamos decir que el problema para Schmitt con el modelo de Estado de derecho tiene que ver con la forma en que se define la ley. Mientras, para el jurista alemán, ella es el producto de una decisión política que recae en quien haya podido hacerse con el control del Estado, para quien defienda el Estado de derecho, la ley será producto de discusiones parlamentarias limitadas por la división de poderes, los derechos fundamentales y los principios racionales del Imperio de la ley. Tal y como piensa Schmitt, en tanto que el carácter distintivo del Estado de derecho es la lucha de la burguesía liberal contra el absolutismo, las leyes serán definidas con arreglo a esa condición:

Imperio de la ley significa, ante todo y en primer término, que el legislador mismo queda vinculado a su propia ley y que su facultad de legislar no es el medio para una dominación arbitraria. La vinculación del legislador a la ley es posible, sin embargo, sólo en tanto que la ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la ley es una norma *general*.²⁸⁵

El Estado de derecho se basa en la presuposición de que la ley debe ser producto de la razón y no de la voluntad, es por ello que es general. Se trata de una posición de viejo cuño europeo que puede rastrearse hasta Aristóteles y que fue utilizada tanto por Locke como por Montesquieu como oposición a la fórmula “es la autoridad y no la verdad quien hace la ley” que expuso

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 198

Thomas Hobbes en su *Leviatán*. Para Schmitt, la generalidad de las normas es el soporte último del Estado de derecho y en ello se expresa la necesidad de distinguir entre la voluntad y la ley.

La cuestión para Schmitt es que la conceptualización de la ley en el Estado de derecho es insuficiente para dar cuenta de la Constitución moderna. Por el contrario, una Constitución para Schmitt requiere de un *concepto político de ley*, una ley que obedece pues a la voluntad política de quien ejerce el dominio dentro del Estado. Se trata por supuesto de una noción de *Constitución* que contraviene directamente el sentido moderno de esta concepción que fuera establecido en el artículo XVI de la Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución”. Schmitt apela a un sentido político de Constitución en el que ella no funge solamente como norma máxima reguladora, sino como *proclamación de un ethos político*²⁸⁶.

Como se sabe, Hans Kelsen se opuso terminantemente a la lectura schmittiana, argumentando que en el Parlamento se reproducía simbólicamente la dinámica social y que en el debate parlamentario se podía obtener racionalidad sin que ello atentara contra el elemento político soberano del Estado. A decir del jurista austriaco, era posible sobreponerse a la crítica decisionista con un parlamento representativo en lo político y con instituciones como el Tribunal Constitucional que pudieran limitar los excesos del Poder Ejecutivo y resguardar el acto fundacional de la Constitución²⁸⁷.

Para Schmitt, por el contrario, el predominio del órgano legislativo en el Estado de derecho hace parecer que toda la conflictividad social puede resolverse a través de la ley (o los procedimientos parlamentarios). Sin embargo, responde nuestro autor, no todo objeto de la vida estatal puede encontrar su cauce en la ley. El Estado de derecho, tiene existencia política, esto es, se trata de una “conformación concreta de la organización del dominio” y en tanto tal, la ley desde una perspectiva de lo político es un acto de soberanía (puede ser monárquico o democrático), un mandato. El Estado de derecho, siendo un Estado, no puede escapar a su propia dimensión política. En palabras del jurista alemán: “junto al concepto de ley propio del Estado de Derecho, junto a la figura técnico-jurídica auxiliar del llamado concepto formal de ley, existe un concepto político de ley que ninguna especie de Estado de Derecho es capaz de suprimir”²⁸⁸.

²⁸⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 222

²⁸⁷ Ver; Maurizio Fioravanti, *Constitución*, Madrid Trotta, 2001, pp. 156 - 157

²⁸⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 206

Schmitt apunta que es necesario reconocer el elemento político del Estado de derecho, es decir, que los liberales del siglo XIX que apostaban por el modelo de Estado de derecho no lo hacían en abstracto. Se trataba más bien de una oposición muy concreta al Estado monárquico absoluto que veía en la ampliación de las facultades y competencias del parlamento la mejor salida. Esto último, según Schmitt, llevaba inevitablemente el signo de la democracia y por tanto el de una ley en sentido político que entraría en tensión con la ley formal del Estado de derecho.

Con todo, la cuestión es que las victorias de las facciones burguesas (parlamentarias) frente a las aristocrático monárquicas, simbolizaban algo más que una victoria de facción. Implicaban la pretensión de combatir todo tipo de absolutismo. La conclusión lógica de este proceso era la limitación del concepto político de ley. Los teóricos liberales tenían perfectamente claro que no se podía combatir el absolutismo monárquico solamente a través de la política o las armas y que era necesario un andamiaje conceptual que pudiera combatir la tradición monárquica. Las declaraciones de derechos dejan evidencia de ello a ambos lados del Atlántico. El objetivo de esta operación cristalizó cuando se dejó de reconocer como leyes legítimas a las limitaciones impuestas a la libertad y la propiedad a través de un mandato.

Así, por un lado, la teoría del Estado de derecho dejaba la puerta abierta para conjugar Constitución y Democracia. En tanto que el Estado Liberal partía de la idea de combatir todo tipo de absolutismo, dejaba un hueco para poder evitar incluso el autoritarismo burgués, he ahí la *fuerza integradora* del Estado de derecho tematizada por Elías Díaz y que hemos mencionado en reiteradas ocasiones; por otro lado, esto supone que aunque un Estado de derecho se configure concretamente como una democracia, es decir con un poder popular soberano, jamás se aceptarían limitaciones a las libertades.

Así, a pesar de la objeción de Schmitt de que el concepto político de ley suele resultar mucho más fuerte y que la representación popular ejercita actos de soberanía, los teóricos del Estado de derecho pueden responder que limitar legalmente la modificación constitucional para hacer prevalecer el concepto de ley propio del Estado de derecho no tiene por qué identificarse con una neutralización ingenua de lo político. De hecho, las constituciones liberales modernas se conciben al interior como un acto político, la cuestión es que su formulación en clave universal (igualdad en los derechos, igualdad respecto a la ley, etcétera) impiden perpetrar el gobierno de una facción política. Son constituciones paradójicas que, a la par, son un acto de fundación política de un tipo específico de Estado e imperativos racionales que impiden ejercicios de

soberanía ilimitados. Su pretensión es la fundación de instituciones jurídico políticas sustentadas en una legalidad racional que impida el gobierno de facción y permita el intercambio político pacífico entre distintos grupos. Se trata pues del antiguo ideal del gobierno de leyes, el cual permite pensar el Estado de derecho como un proyecto de futuro en el que puedan ser incluidos todos los ciudadanos. En el fondo el proyecto constitucionalista tiene mucho de democrático.

Ahora bien, una pregunta obligada según lo anterior sería: si el Parlamento puede actuar la ley en sentido político y el Parlamento está compuesto por diversos grupos políticos ¿cómo puede el Estado de derecho enfrentarse a la posibilidad de mayorías parlamentarias? En otras palabras ¿Puede evitar el Estado de derecho disolverse en un absolutismo parlamentario?

Para responder esta interrogante, Schmitt propone recordar que el ideal del Estado de derecho ha sido limitar la actuación del Estado con normas generales. Como decíamos párrafos atrás, se trata del ideal antiguo de la ley como producto racional frente a la ley como producto de una voluntad. Para el Estado de derecho, el ideal de la racionalidad de la ley reposa en la garantía de libertad e igualdad para los ciudadanos. De tal suerte que sólo es ley racional una norma general que garantice por un lado que la libertad no pueda ser restringida sino con una disposición legal específica y que, por otro lado, asegure que será aplicada igualmente a todos evitando privilegios. La racionalidad de la ley consiste entonces en que ella sea usada para garantizar iguales libertades a todos los ciudadanos. Para Schmitt, esto no es una definición completa y exhaustiva de ley, pero sí un *mínimum general, lógico, indispensable*²⁸⁹. El respeto a este *mínimum* es lo que mantiene en pie al Estado de derecho frente a las mayorías parlamentarias.

Resulta entonces que el Estado de derecho puede evitar el absolutismo sólo si garantiza la generalidad de la ley frente a las facciones políticas enfrentadas en el Parlamento. Sólo si los grupos parlamentarios aceptan el principio de generalidad de la ley se podría haber superado el absolutismo. Y aquí la apreciación de Schmitt respecto a la politicidad del Estado de derecho se vuelve especialmente relevante, pues la aceptación del principio de generalidad de la ley por parte de los grupos parlamentarios es, en principio, un acto político, cuyo futuro depende de haberse racionalizado, pero también de la fuerza política de con la que se adopte dicho principio. Si el principio de generalidad de la ley no genera lealtades políticas sólidas, el orden constitucional podría ser deshecho con todo y su racionalidad.

²⁸⁹ Ver, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 215

9.5 Derechos fundamentales. Privatización de la vida religiosa y fundación política

Como dijimos al inicio de este apartado, uno de los elementos característicos del Estado de derecho es la protección de una serie de derechos individuales a los que se ha llamado “fundamentales”. Para Schmitt, los derechos más importantes se desprenden de las declaraciones de derechos de Francia y Estados Unidos hechas en el siglo XVIII y serían los siguientes: libertad, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia y libertades de conciencia y religión.

Es prerrogativa del Estado la defensa de estos derechos que provienen, según Schmitt, de una disociación en el derecho de un ámbito público y uno privado en la que jugó un papel preponderante lo que él llama *privatización de la religión*:

La religión como cosa suprema y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierte en algo relativo que sólo puede derivar su valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto. Es, sin duda, cierto en un sentido sistemático, y prescindiendo de detalles históricos, que la libertad de religión es el primero de todos los derechos fundamentales.²⁹⁰

La conceptualización de la religión como un ámbito privado permite configurar el ámbito de la moderna libertad privada o personal. Se rompe pues con la tradición y el presupuesto de que ningún hombre podía aspirar a una libertad distinta a la de su pueblo, la libertad política. Así, si el Estado de derecho es concebido como una estructura hecha para proteger a los individuos, entonces este Estado depende de asegurar una esfera privada de los individuos que sea inviolable por el pretexto del “bienestar público” o la “libertad política”. La antigua “comunidad política” construida a lo largo de la Edad Media se derrumba.

Pero Schmitt sostiene que las declaraciones de derechos fundamentales no pueden disociarse de la pretensión de unidad política de un pueblo. No son solamente pretensiones de limitación al Estado, sino proclamaciones que enuncian el destino político de un pueblo. Así, mientras las declaraciones hechas en Estados Unidos, Francia y Alemania entre los siglos XVIII y XIX permiten observar unidades políticas donde la propiedad privada, la libertad personal, el debido proceso, la igualdad ante la ley, la libertad de opinión, prensa y asociación funcionan como los ejes rectores de las fundaciones y refundaciones de aquellos Estados, en la Unión Soviética en el siglo XX la *Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado* es una proclamación

²⁹⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 219

en la que el Estado de derecho es visto como la estructura que preserva la dominación capitalista de la propiedad privada. Igualmente, la Constitución de Weimar proclamada en 1919 supone la decisión política de conformar Alemania como una democracia constitucional y seguir un programa de compromiso entre fracciones (liberales, socialistas, etc.). Para Schmitt, estos ejemplos muestran que la concepción de lo que son los derechos fundamentales es variable y que la variabilidad depende precisamente de la auto-concepción política de un pueblo. Según esto, hubiera sido contradictorio que la Unión Soviética hubiera adoptado un programa semejante al de las constituciones liberales.

La cuestión es que, dentro del Estado de derecho, lo que se pretende es que los derechos fundamentales sean anteriores y superiores al Estado, es decir, inmunes a la decisión política. El Estado en ese sentido existe para protegerlos y sólo puede intervenirlos en una “cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”²⁹¹. Para Schmitt, los derechos fundamentales se entienden como *derechos absolutos* que no requieren de la protección de la ley, sino que la ley aparece solamente cuando es necesaria la injerencia en esos derechos: “Es propio del principio de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción”²⁹². Para Schmitt, se pretende tal grado de universalidad en los derechos fundamentales formulados al interior del Estado de derecho, que se llega a suponer que la necesidad de intervención del Estado se dará prácticamente sólo en casos excepcionales²⁹³.

Al hilo del argumento, Schmitt considera indispensable distinguir derechos fundamentales de garantías institucionales, esto es, los derechos que funcionan como fundamento del Estado de derecho y las garantías que en el juego político del Estado de derecho pueden crearse con el fin de proteger otro tipo de derecho. La distinción se hace más especialmente importante, considera Schmitt, al observar la tendencia que existe en la teoría constitucional a equiparar derechos fundamentales con garantías institucionales.

²⁹¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 224

²⁹² *Ibíd.*, p.226

²⁹³ No deja de ser extraña esta apreciación de Schmitt, pues si bien los derechos individuales (fundamentales) bien podrían entenderse como un presupuesto racional interiorizado por las sociedades que adoptan el modelo de Estado de derecho, precisamente es el Estado (y su ley) lo que los hace posibles. No existe excepcionalidad en la protección legal de los derechos, más bien constituye una regularidad. La insistencia de Schmitt de entender el derecho como un fenómeno cultural guiado por la política lleva precisamente a dificultades como la anterior. Una cosa es reconocer el ingrediente político que opera “detrás” de la formación del Estado de derecho, otra muy distinta, pensar que la pretensión de racionalidad universal del derecho propia del constitucionalismo implica una ceguera tal respecto a lo político que se pretendiera que la protección de derechos individuales funcionara por sí sola.

Según este postulado, la protección constitucional (garantía institucional) debe entenderse como una protección especial a ciertas instituciones que no podrán ser modificadas por vía legislativa. Aunque ciertamente los derechos fundamentales tampoco pueden ser modificados por la vía legislativa, este hecho no debe llevarnos a equipararlos con las garantías institucionales, pues los derechos fundamentales tampoco pueden ser modificados por la vía de la revisión constitucional. No es su inmutabilidad lo que les da su estatus jurídico a los derechos fundamentales, sino propiamente el hecho de que son el presupuesto para la fundación política del Estado de derecho.

La protección constitucional, por su parte, se da una vez que está instituido el Estado, lo que en un Estado de derecho significaría que se dan sólo después de haber tomado la decisión política de asumir los derechos fundamentales como presupuesto irrenunciable para la vida individual y se ha erigido el Estado como la institución encargada de protegerlos. Ejemplos de protecciones constitucionales son: prohibición de tribunales de excepción, matrimonio como base de la vida familiar, el descanso dominical o la libertad de la ciencia y la enseñanza.

Ahora, incluso si los derechos fundamentales se establecen como garantizados por la Constitución, Schmitt anota que ello no les quita su carácter absoluto en la ideología liberal del Estado de derecho:

[...] la protección de la libertad burguesa garantida por el reconocimiento de los derechos fundamentales no se agota en esa garantía de la ley, sino que va más allá. El reconocimiento de los derechos fundamentales, en el sentido del Estado burgués de Derecho, significa que los principios del Estado de Derecho de una Constitución liberal burguesa moderna son reconocidos como elemento esencial de la Constitución misma. Esto significa que pertenecen a la sustancia de la Constitución y que si pueden ser, ciertamente, modificados por una formación constitucional, su destrucción completa es, sin embargo, más que una simple revisión constitucional.²⁹⁴

Así pues, si recordamos el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, deberíamos admitir que, como decisión política, las constituciones liberales realizan una operación complicada. Pues fundan políticamente Estados soberanos con un “coto indecible” políticamente. Esto es, la decisión política de fundar un Estado de derecho es sólo política en su historicidad, más no en su normatividad. De tal suerte que ninguna mayoría política, parlamentaria o de cualquier otra índole, podría modificar los fundamentos del Estado de

²⁹⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 239

derecho sin destruir su existencia. Así que el enunciado del artículo 16 de la citada Declaración, es uno de tipo existencial: la preservación de los derechos depende de que todas las facciones políticas decidan conducir sus acciones respecto al marco jurídico del Estado de derecho, negando así la posibilidad de utilizar el poder político para modificar los fundamentos constitucionales.

Con todo, según Schmitt es necesario reconocer que la pretensión de que los derechos fundamentales son previos al Estado conforma también una decisión política, la de la burguesía, que pretende erigirse como una especie de principio universal precisamente con el objetivo de proteger las libertades de una facción política determinada. Para el jurista alemán no hay nada de neutral o de apolítico en la configuración de la teoría de los derechos fundamentales, ni en su pretendida preestatalidad. La pretensión de los liberales, según Schmitt, es excluir cualquier otro entendimiento de lo político que no sea el suyo con el supuesto de que su entendimiento de la soberanía es el único justo y universal.

Aquí, vale la pena señalar que, si bien por un lado la postura de Schmitt nos permite reconocer que el Estado de derecho requiere de lealtades políticas para preservarse, por otro resulta muy problemática la idea schmittiana de que el constitucionalismo, para asentarse como modelo político jurídico, ha definido de una vez y para siempre los horizontes de acción dentro del Estado de derecho. Es problemática la idea porque justo lo que hemos visto a lo largo de nuestro estudio es que lo que Elías Díaz llama *fuerza integradora* del constitucionalismo, ha permitido incluir en el debate político horizontes igualitarios como el de la democracia o el de los derechos sociales que no fueron incluidos en el *modelo original*.

Ciertamente el constitucionalismo ha devenido nivelador y democrático por luchas sociales y políticas que lo obligaron a incluir otras demandas de justicia en su marco jurídico; sin embargo, la inclusión de aquellas demandas (igualitarias) habría sido imposible si el fundamento racional del Estado de derecho no lo hubiera permitido. Más aún, la solidez conceptual del constitucionalismo ha servido para identificar la fragilidad de Estados sociales autoritarios y la de democracias -supuestamente populares- en las que el debate racional e igualitario se ha excluido en favor de alguna imaginaria identidad nacional.

Historiadores sociales como Edward Thompson han señalado que, si observamos con atención las pretensiones de justicia que se vertieron en los debates y luchas que dieron origen al constitucionalismo moderno, notaremos que la búsqueda de igualdad social y política han estado

siempre ahí junto con las pretensiones de libertades civiles. Ese dato podría ser tomado como una justificación para una revolución social o simplemente como una anécdota si no fuera por el hecho de que el andamiaje conceptual del Estado de derecho permitía formular dichas aspiraciones en un horizonte jurídico. La construcción racional de la legalidad, la limitación al poder, la igualdad, la libertad y los derechos generan las condiciones para poder pensar el Estado de derecho más allá de facciones políticas. Pues una cosa es que las clases burguesas se hayan hecho con el poder tras las primeras disputas constitucionales y otra, muy distinta, que el Estado de derecho no permita la protección de los derechos de otros sectores sociales o la protección jurídica de dimensiones de justicia distintas a las planteadas por las clases burguesas.

9.6 División de poderes: obstáculo para la unidad política

El Estado de derecho pretende funcionar con un esquema de división de poderes con el cual se moderen y controlen los diversos poderes del Estado. Dicha división está dirigida a evitar que alguna persona pueda situarse por encima de la ley. Según Schmitt, la idea es atribuible a Harrington, Locke, Bolingbroke y Montesquieu quienes, al discutir los pormenores de la Constitución inglesa, diseñaron sistemas de pesos y contrapesos en los que la nota característica fue la de impedir que quien hace la ley (el poder Legislativo) pueda aplicarla (poder Ejecutivo). Si quien hace la ley puede también aplicarla tiene el poder suficiente entonces para poder utilizarla como un instrumento para su propio beneficio. Si esto último se diera, desde luego no podría considerarse tal disposición como ley, esto es como *norma general*, sino como un mandato arbitrario.

Para el jurista alemán el problema de la teoría de la división de poderes es que tiende a postular una separación rigurosa que hace que las actividades legislativa, ejecutiva y judicial del Estado queden aisladas. Para Schmitt, un esquema riguroso de separación se explica como sigue:

Ninguna autoridad ni ningún miembro de uno de estos sectores podría pertenecer al mismo tiempo a otro sector, existiendo así la más rigurosa incompatibilidad entre el puesto de un diputado de la Corporación legislativa y el de un funcionario de la administración del Estado, incluso un ministro; ningún funcionario administrativo puede actuar como un juez; ningún juez como un funcionario administrativo; ninguna autoridad de un sector puede ejercer una competencia que con arreglo a su contenido objetivo pertenezca a otro sector.²⁹⁵

²⁹⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 249

De tal suerte, funciones de revisión constitucional como las de la Suprema Corte de los Estados Unidos quedarían excluidas de una dinámica de Estado de derecho. Schmitt reconoce que la idea de separación de poderes no puede pensarse como un aislamiento total, sino que implica diferenciación de competencias por un lado y contrapeso recíproco por el otro. Aún así, sostiene que es necesario preguntarse cuáles serían las consecuencias teóricas de una separación rigurosa. Para contestarlo cita diversas pautas teóricas de la separación de poderes y los contrasta con constituciones (especialmente con la Constitución de Weimar). De esta comparación, el jurista alemán concluirá que la división de poderes no es un principio del Estado de derecho que pueda llevarse a cabo de manera rigurosa y que ello revela “huecos” en los que se observa un quebrantamiento del principio de “quien hace la ley no la aplica” y una constante injerencia de un poder en otro. Lo que enuncia Schmitt es una discontinuidad entre teoría y práctica constitucional.

Al esquema de nula influencia entre un poder y otro podemos encontrarle muy diversas excepciones. Schmitt, utiliza predominantemente la Constitución de Weimar para enunciar las excepciones, aunque también refiere a la Constitución de Bismarck, la de Francia y la de Estados Unidos. Así, explica que el poder Ejecutivo puede tener influencia en el Legislativo al proponer iniciativas de leyes, someter a referéndum leyes del Reichstag, promulgar las leyes, disolver el Parlamento (sólo una vez por la misma causa); por su parte en la misma Constitución el Legislativo influye en el Ejecutivo al requerir éste la confianza del Reichstag para ejercer sus funciones, al poder ser propuesta su deposición por el Reichstag a través de voto popular y al aprobar el presupuesto. El poder Judicial actúa de forma más independiente; sin embargo, el Legislativo en Weimar puede tomar ciertas facultades judiciales como las de investigación o incluso actuar como tribunal especial para un juicio político; por su parte el poder Judicial interfiere en el Legislativo al ejercer el poder de revisión de las leyes.

Para el jurista alemán, las excepciones a los principios de separación y equilibrio de poderes denotan la dificultad a la que se enfrentan quienes pretenden que el Esquema de Estado de derecho es suficiente para solucionar la conflictividad social. En efecto, las excepciones que en Weimar se encuentran a la división de poderes nos indican que “cada Constitución de un Estado

concreto ha de acompañarse a las condiciones políticas, como el plano abstracto de un edificio a la situación del terreno y otros datos naturales y efectivos”²⁹⁶.

La cuestión es que el esquema abstracto de la división de poderes no asegura por sí sólo ninguna estabilidad jurídica o política. Aunque los liberales, dice Schmitt, pretendan que dicha división es tan esencial que debe estar por encima de “toda reforma y revisión a la Constitución[...] se desconoce que la Constitución de un pueblo con existencia política no puede consistir sólo en principios de Estado de Derecho, pues éstos más bien forman un elemento moderador de la Constitución, añadido a los principios políticos”²⁹⁷.

La lectura de Schmitt de la división de poderes en el Estado de derecho nos enfrenta a la dificultad que dicha división supone para la unidad del Estado. Esto es, no sólo es que sean problemáticos los mecanismos de pesos y contrapesos porque encontremos contradicciones entre la teoría y la práctica constitucional, sino que son problemáticos en tanto que el reparto del poder hace complicado que el Estado actúe como unidad política. Cuando decisiones trascendentes en el ámbito político internacional, como la declaración de guerra, la firma de tratados de paz o de tratados de cooperación deben someterse a una complicada maquinaria de deliberación entre los poderes, queda la pregunta de quién representa la unidad política o en qué sentido se puede asumir que los diversos poderes involucrados actúan representando a la nación. Para Schmitt esta dificultad pone de manifiesto la ambivalencia política del Estado de derecho y, en parte, su punto débil.

A todo esto, habría que señalar dos cuestiones: primero, que la interpretación de Schmitt sobre la división de poderes resulta demasiado simplista, pues la teoría constitucionalista (digamos, desde Locke hasta nuestros días) difícilmente se construyó con la idea de separación tajante entre los poderes, más bien el planteamiento ha sido el de una interrelación en el que se coopere para el funcionamiento del Estado y se divida para evitar la arbitrariedad. Segundo, que lo que Schmitt considera como “falta de unidad política” en el Estado de derecho debe tematizarse más bien como la democratización y racionalización de las decisiones políticas más delicadas. De hecho esa lectura de Schmitt no hace más que corroborar la visión apocalíptica que él y sus seguidores tienen del mundo, porque apelar a que la división de poderes dificulte decisiones como la declaración de guerra, lo único que ilustra es un apremio por decidir positivamente hacia dicha

²⁹⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 262

²⁹⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p.263

declaración. Como toda lectura apocalíptica, la de Schmitt nos compromete a la idea de que “no hay tiempo que perder”, por su parte el constitucionalismo parte de la idea de que ante decisiones como la guerra, siempre habrá que hacerse tiempo para meditarlo en comunidad y racionalmente.

9.7 Constitución mixta (aristocrática): la forma política del Estado de derecho

Como hemos anotado ya, para Schmitt el Estado de derecho no puede escapar a la dimensión política del Estado. En ese sentido vale la pena preguntarse, según el alemán, si el Estado de derecho constituye una forma de gobierno por sí mismo y en especial, cuáles son las condiciones en las que la unidad política se desarrolla en el Estado de derecho.

Schmitt inicia negando categóricamente que un Estado de derecho pueda considerarse por sí mismo como una forma de gobierno. Por el contrario, el Estado de derecho debe considerarse como una serie de limitaciones puestas al Estado. Dichas limitaciones tienen la finalidad, según el jurista alemán, de construir un sistema de

[...] garantías de la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política [...] De aquí se sigue que en toda Constitución hay un segundo elemento de principios político-formales, unido y mezclado con el elemento del Estado de Derecho²⁹⁸.

Así, en un Estado de derecho los principios de libertad burguesa modifican el orden y significado de los elementos político-formales de un Estado y convierten las formas políticas (monarquía, aristocracia, democracia) en formas de la legislación o del Ejecutivo. Si a esto sumamos que el Ejecutivo se encuentra limitado y relativizado por la división de poderes, la preeminencia de la ley y la independencia de la justicia, tenemos por resultado un Estado limitado en el que la nota relevante no es si se trata de una monarquía, una aristocracia o una democracia, sino las limitaciones que cada poder del Estado tendrá para ejercer sus facultades. En ese sentido, la libertad burguesa puede modificar toda forma de gobierno para limitarlo; por ejemplo, si en una monarquía se aplica esta libertad, ella se convierte en una *monarquía constitucionalmente limitada*; si se aplica en una democracia, ésta se convierte en *democracia constitucional*. Dice Schmitt:

²⁹⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 265

La Constitución del Estado burgués de Derecho es, por lo pronto, una Constitución mixta, en el sentido de que el elemento *propio del Estado de Derecho*, independiente y completo en sí mismo, se une con elementos *político-formales*. En un sentido más amplio, la moderna Constitución burguesa del Estado de Derecho es también una Constitución mixta, porque *en el seno* [...] del elemento político, se encuentran ligados y mezclados *entre sí* distintos principios y elementos político-formales (democracia, monarquía, aristocracia).²⁹⁹

Desde esta perspectiva, el problema de la teoría del Estado de derecho para Schmitt es que ésta evade la significación e importancia del poder constituyente, fundamento intrínseco de los Estados modernos. Incluso el problema que dicho poder suscita no puede resolverse ni teórica ni prácticamente con los principios del Estado de derecho, pues estos principios no están dirigidos a la cuestión de la soberanía que emana del poder constituyente como *fuera existencial* de la maquinaria estatal, sino que se dirigen precisamente a la limitación de toda soberanía. Schmitt expone que por ello en la teoría del Estado de derecho el poder constituyente es ignorado o expresado con abstracciones oscuras como “soberanía de la justicia” o “soberanía de la constitución”. Pero la nota característica del poder constituyente es que es ineludible para cualquier teoría de la Constitución o del Estado, pues es el poder constituyente el que determina la existencia del propio Estado.

Según Schmitt, dos principios contrapuestos de estructura política determinan la forma concreta de la unidad política: la identidad y la representación. Son dos modos distintos que tiene un pueblo para alcanzar y mantener su estatalidad. El primer principio supone que un pueblo capaz de actuar políticamente en su realidad inmediata “por virtud de una homogeneidad fuerte y consciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones, y entonces es una unidad política como magnitud real -actual de su identidad inmediata- consigo misma³⁰⁰”. Esto se basa, según Schmitt, en la idea de que no existe ningún Estado sin pueblo y que, por tanto el pueblo debe estar “siempre presente como magnitud efectiva”³⁰¹. El segundo principio, el de la representación, que presupone que la identidad real nunca puede presentarse por lo cual es necesaria la representación personal para actuar esa unidad política. Por ello, la famosa frase atribuida a Luis XIV “el Estado soy yo” debería interpretarse en el sentido de representación de la unidad política.

²⁹⁹ *Ibid.*, pp. 267 -268

³⁰⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 271

³⁰¹ *Ibidem*

Así, la contraposición entre identidad y representación da la especificidad de las formas políticas. Por ejemplo, cuando el pueblo es el sujeto del poder constituyente, la identidad es tan intensa que no hay necesidad alguna de representación, la nación está presente; por el contrario, en una monarquía absoluta, la suposición es que la unidad política sólo puede realizarse a través de la representación, en este caso la representación absoluta. Con todo, Schmitt reconoce que no puede existir ningún Estado que carezca de identidad o que carezca de representación, no son términos excluyentes, sino términos que orientan la forma política particular de un Estado. En cada Estado *identidad* o *representación* serán predominantes, pero en ningún caso existen de forma absoluta. El propio monarca absoluto no puede actuar sin la presuposición de identidad entre él y su pueblo, entre su voluntad y la de su pueblo, por su parte la democracia requiere también métodos y elementos de representación: embajadores, legisladores, etc.

La cuestión con el Estado de derecho burgués para Schmitt es que pretende escapar a esta contraposición de elementos político – formales, pero mantener la unidad del Estado a través de un parlamentarismo de corte liberal, en el que el “Estado se integra continuamente y siempre de nuevo con la opinión pública, mediante elecciones, debates y votaciones parlamentarias³⁰²”. Sin embargo, para el jurista alemán, ese parlamentarismo no puede considerarse como una forma política sino como un método de integración “dinámico”. La burguesía europea, como movimiento político, “luchaba contra toda especie de absolutismo estatal ya fuera contra una democracia absoluta como contra una monarquía absoluta; contra la identidad extrema como contra la extrema representación³⁰³”. Pero para Schmitt es curioso que aún así el Parlamento del siglo XIX europeo haya tenido la pretensión de ser el representante del pueblo políticamente unido (la nación) frente a la unidad política representada por el Rey. De tal suerte que habría dos representantes enfrentados: el Rey y el Parlamento. En este sentido para Schmitt es indispensable “preguntar si esa Constitución burguesa representativa significa una forma política³⁰⁴”.

La respuesta de Schmitt a tal cuestión es afirmativa. El liberalismo del siglo XIX encuentra en el parlamentarismo una forma política de carácter aristocrático que pretende mediar entre la soberanía regia y la soberanía popular. El Parlamento como élite representativa, donde los mejores son elegidos para cuidar el *todo político* funcionó como un término moderado entre los dos extremos de la *identidad democrática* y la *representación monárquica*. La Constitución del

³⁰² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 273

³⁰³ *Ibíd.*, p. 283

³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 284

Estado de derecho se construye así como una Constitución mixta, pues no prevalece una aristocracia pura. Dice Schmitt:

Lo aristocrático es aquí solo un elemento formal, junto a otros; el sistema parlamentario no es una forma política propia, sino un contrapeso de formas opuestas que utiliza elementos formales, democráticos y monárquicos para el fin de la distinción de poderes. Para el Ejecutivo se utilizan formas de organización monárquicas: un rey o un presidente [...] e incluso puede construirse como *representante* del pueblo frente al Parlamento [...] Por último, el *principio democrático* encuentra su aplicación, sobre todo, en la legislación, y eso cuando el pueblo, esto es, los ciudadanos con derecho a voto, no sólo eligen, sino también deciden de manera inmediata cuestiones objetivas a través del plebiscito.³⁰⁵

La Constitución del Estado de derecho encuentra toda su significación cuando puede mantener los principios político – formales. Es decir, en cuanto se puede entender como una Constitución en la cual tanto los derechos fundamentales como la división de poderes funcionan dentro de una forma política específica: la aristocrática. En esta forma política no es que el conflicto y las relaciones *amigo –enemigo* se hayan disuelto, no hay neutralidad política en esta Constitución mixta, es por ello que Schmitt llama reiteradamente *Estado burgués* al Estado de derecho. La *razón burguesa* aparece entonces como la justificación de una nueva aristocracia que, consciente o inconscientemente regresa a los modelos de la antigua *polis* griega y la república romana, con la esperanza de generar condiciones de estabilidad más persistentes para la vida estatal. En las pretensiones burguesas resuenan en el fondo los aplausos de Polibio a la constitución mixta: sólo con ella se puede evitar el exceso de alguna de las partes constitutivas de una sociedad.³⁰⁶

El recorrido crítico de Schmitt frente al Estado de derecho, como hemos visto, hace eco de ciertas apreciaciones de Marx en torno a la especificidad política del Estado de derecho. Con todo, la postura del jurista alemán nos revela otras dimensiones de la politicidad del Estado de derecho que en parte explican porqué en la filosofía política ha resultado siempre tan atractiva la lectura de Schmitt respecto a la tradición constitucional. Pues además de fortalecer la idea marxiana de que la pretensión de neutralidad en el Estado de derecho encubre la victoria política de la burguesía, Schmitt desgrana las características jurídicas específicas del Estado de derecho y muestra su lugar en un análisis político. Nos explica pues como lo político se cuele en el principio de legalidad, la división de poderes y los derechos fundamentales, no es racionalidad pura, sino una racionalidad guiada por principios burgueses la que define la ley y las instituciones

³⁰⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, p. 286

³⁰⁶ Ver, Polibio, *Historias*, Tomo II, Madrid, Gredos, 2007, pp. 162 – 163; 169 - 176

en el Estado de derecho.

Aún más, Schmitt presiona sin indulgencia sobre el punto débil de la tradición liberal: su conjunción con la democracia. En efecto, nos pregunta Schmitt, cómo es que un Estado con una Constitución mixta y con pretensiones de moderación habría de arreglárselas con la intensidad política de la soberanía popular. Este último es un tema al que se ha vuelto una y otra vez y en el cual es inevitable darle razón a Schmitt por lo menos en principio, la relación entre Estado de derecho y democracia es tensa e inestable. Esto ha llevado a las más diversas soluciones: plantear la imposibilidad de reunir ambos horizontes y decidirse por uno de ellos, intentar unirlos reduciendo la democracia a formas procedimentales de decisión, unirlos a través de principios comunes como la igualdad, etcétera. En lo que sigue presentaremos la propuesta de Chantal Mouffe para solucionar este dilema pues creemos que arroja nuevas luces sobre un horizonte temático que parece presentar signos de desgaste.

Capítulo 10. Democracia agonista y la dimensión política del Estado de derecho

10.1 Populismo y democracia radical

Las prácticas políticas populistas que hemos visto emerger hacia el final del siglo XX y principios del XXI, así como quienes han teorizado sobre el significado del populismo³⁰⁷, han logrado colocar en la mesa de debate político un modelo de democracia radical (democracia plebeya según los términos de Chantal Mouffe y Ernesto Laclau) que cuestiona de forma sugerente los presupuestos de la democracia liberal o constitucional. Teoría y práctica intentan recordarnos que la democracia requiere forzosamente de la soberanía popular para funcionar y que el pueblo no puede ser caracterizado simplemente como una *masa brutal e ignorante*³⁰⁸.

Creemos que vale la pena tomar en cuenta esta crítica para avanzar en la construcción de un modelo integral de Estado de derecho, pues dicha crítica permite pensar horizontes teóricos en los que no se soslaye la necesidad de la acción política democrática (y el conflicto que conlleva) para fortalecer las instituciones de la democracia liberal. Desde luego se trata de una apuesta

³⁰⁷ A pesar de que se ha escrito mucho sobre el populismo, *La Razón Populista* de Ernesto Laclau será una de las guías primordiales para esta discusión, pues de una u otra manera pareciera el esfuerzo más sistemático y acabado por conceptualizar el populismo.

³⁰⁸ Ver, Jacques Ranciére, “Non, le peuple n’est pas une masse brutale et ignorante”, en *Libération*, disponible en http://www.liberation.fr/france/2011/01/03/non-le-peuple-n-est-pas-une-masse-brutale-et-ignorante_704326 [consultado el 1 de noviembre de 2017].

paradójica en la medida en que las lógicas populistas suelen favorecer la intensidad política de la democracia frente a las limitaciones racionales a lo político que impone la lógica constitucional. En esa paradoja, nos será particularmente útil el planteamiento que hace Chantal Mouffe sobre el conflicto democrático y lo que éste podría aportar a la preservación de la democracia constitucional. Ahondaremos sobre ello con detenimiento más adelante.

En ese sentido, es importante subrayar que la crítica populista ha sido particularmente severa al evaluar los mecanismos de representación política y la relación entre ciudadanía e instituciones. En ella, se ha denunciado de manera enfática el distanciamiento entre las élites y la *plebe*, y se ha señalado persistentemente que es indispensable que el rumbo de las instituciones sea determinado por el pueblo si lo que se quiere es un gobierno legítimo. En este sentido, el populismo se configura como una teoría de la democracia radical en la que la acción de la soberanía popular es determinante para el fortalecimiento o debilitamiento de ciertas instituciones.

Habrá que decir que la temática populista no es nueva en el debate político occidental. En el siglo XIX se discutió largamente sobre ella en el contexto de la confrontación al zarismo en Rusia, fue tema de debate durante la Revolución Rusa en el siglo XX y podría rastrearse bajo distintos signos y etiquetas en las revoluciones europeas de los siglos XVII y XVIII, los movimientos independentistas en América en el siglo XIX e incluso en la Antigüedad Clásica³⁰⁹.

Con todo, es importante reconocer que su temática, aunque bien conocida en la reflexión occidental, se vio opacada muchas veces en el siglo XX por las confrontaciones entre las concepciones de democracia del liberalismo y el socialismo, así como por las discusiones al interior de la izquierda entre socialdemócratas, comunistas, socialistas y anarquistas. Así, con cierta sorpresa e incredulidad, asistimos en los últimos años del siglo XX a un *renacimiento* del populismo tanto en el ámbito intelectual como en el político - electoral. Si bien este impulso ha sido pretexto para que las más diversas voces se levanten, la obra de Chantal Mouffe y de Ernesto Laclau ha sido una de las más influyentes y es con la que estaremos discutiendo en las siguientes líneas.

Me parece que hay dos aspectos especialmente importantes en la obra de Mouffe y Laclau que habría que tomar en cuenta. El primero es la descripción de una lógica interna del populismo con

³⁰⁹ Cfr. Andrzej Walicki, *Populismo y Marxismo en Rusia*, Estela, Barcelona, 1971; Jorge Verstrynge, *Populismo*, El Viejo Topo, España, 2017.

la que se pretende confrontar los prejuicios sobre éste y la democracia radical; y el segundo, la crítica al consenso racional en el que se fundamenta la democracia liberal. Ambos constituyen un punto de apoyo para poder explicar la dimensión político – participativa del Estado de derecho. A su vez, las posturas de Mouffe y Laclau permiten profundizar la reflexión sobre las dificultades de construir una teoría de la democracia que sea capaz de asumir los retos del pluralismo, sin pretender neutralizar el conflicto político que caracteriza la formación de un pueblo.

Finalmente, creo que es especialmente relevante la propuesta de Chantal Mouffe respecto a la democracia radical porque, aunque retoma posturas del marxismo, el decisionismo schmittiano y la socialdemocracia para criticar la democracia liberal, logra construir un escenario teórico propio desde el cual ataca puntos débiles de la democracia liberal sin buscar eliminarla. Es decir, la crítica a la democracia liberal no implica su destrucción.

10.2 La conformación del pueblo

Es muy común en la jerga política contemporánea utilizar el adjetivo “populista” como sinónimo de “demagogia”. Se califica así peyorativamente a todos los partidos y actores políticos identificados con el signo del populismo y al mismo tiempo se desprecia a sus seguidores considerándolos como irracionales e ignorantes. Dicho de otro modo, consideramos populista a quien engaña a las masas populares con el fin de obtener su apoyo en las urnas y consideramos a quienes los apoyan como medios que utilizan agrupaciones políticas demagógicas para conquistar el poder.

Teóricos como Ernesto Laclau concluyeron que esta perspectiva empobrecía el debate político y provocaba que nuestros diagnósticos sobre los fenómenos políticos contemporáneos estuvieran sesgados al momento de evaluar los datos sobre el crecimiento de las agrupaciones populistas. Así, en su texto *La Razón Populista*, Laclau emprendió la tarea de describir la lógica interna de lo que llamamos “populismo” para poder situarlo adecuadamente en el debate político. A continuación, ahondaremos en esta propuesta con la finalidad de entender, por un lado, qué dificultades afronta el Estado de derecho con la revitalización que ha tenido el populismo entre la última década del siglo XX y las primeras del XXI y, por otro lado, para observar hasta qué punto la crítica populista a la democracia liberal puede rendir frutos para fortalecerla.

Según Laclau, hay dos presupuestos peyorativos respecto al populismo que hay que atacar para darle su justo sentido. El primero es el que caracteriza el populismo como un concepto vago

e indeterminado, el segundo es el que afirma que el populismo es “mera retórica”. Respecto al primer prejuicio Laclau afirma que no se trata de un defecto propio del populismo, sino de la realidad social como tal, la conformación de lo social en la democracia, es decir la conformación de un *demos* se enfrenta con el dato esencial de que nunca podremos determinar o definir a ese *demos* de forma total. Respecto al segundo prejuicio, Laclau responde que toda estructura conceptual tiene cohesión interna gracias a la retórica. En tanto que hay más cosas que nombrar que nombres disponibles, es necesario el uso figurativo del lenguaje, así “el pueblo” que es el concepto fundamental con el que se construye el populismo es un término figurativo y retórico, pero también lo serían conceptos como “mercado” o “Estado”³¹⁰.

La cuestión primordial aquí, según Laclau, es comprender que el populismo opera con algo que podríamos llamar “significante vacío”: el pueblo. Esta idea nos revela al menos dos cuestiones: primero, que “el pueblo” es una totalidad vacía cuya plenitud es inalcanzable; segundo que al hablar de “el pueblo” lo que estamos haciendo es caracterizar operaciones de hegemonía en las que la particularidad asume un carácter universal, es decir que “pueblo” no puede ser tomado como la totalidad de los individuos que viven en una nación, sino como una parcialidad de la población que toma para sí el nombre representativo de la totalidad “el pueblo”. El pueblo del populismo se construye pues por una operación discursiva en la que el “todo inalcanzable” es sustituido por una parcialidad que metafóricamente se entiende como el todo.

Ahora, la cuestión para Laclau es que el populismo surge o se fortalece en los momentos históricos en los que la relación real entre los agentes sociales está quebrada. Esto es, el populismo opera de forma satisfactoria en los momentos en los que es necesario constituir “el pueblo” y movilizarlo. En ese sentido lo importante sería preguntarse cuáles son las condiciones para la formación de un pueblo y hacia dónde se dirige éste una vez que se ha constituido.

Para hacer frente a estas interrogantes, Laclau ha planteado que lo primero que se requiere para formar un pueblo, es que una serie de demandas diferenciadas al interior de una sociedad se vuelvan *equivalentes entre sí* ya sea por su finalidad o su similitud. A esto, Laclau lo ha denominado *cadena equivalencial*. Así, el pueblo descrito por el populismo, desde la perspectiva de Laclau se constituye en tres fases: 1) se observa una separación evidente entre la gente común y el poder; 2) se articulan distintas demandas populares frente al poder; 3) las distintas demandas se unifican a través de una demanda hegemónica que, sin sustituir a todas las

³¹⁰ Ernesto Laclau, *La Razón Populista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 91 - 96

demás, opera como el punto de apoyo para la movilización política y la eventual conformación de una unidad popular³¹¹.

Hasta el momento, lo que hemos dicho de la lógica populista expuesta por Laclau nos somete a un escenario problemático que también encontraremos en la obra de Chantal Mouffe: se centra en entender la formación del pueblo a través de una lógica de exclusión. Aún aceptando el planteamiento de Laclau de que el pueblo se conforma discursivamente (lo cual en sí mismo no está exento de problemas), tendríamos que señalar que el discurso de conformación del pueblo está sustentando en la separación de un “nosotros” que está dentro de la *cadena de equivalencias* y un “ellos” que está fuera. Así, el pueblo se construye con una frontera política que pareciera poner en peligro la protección de quienes están fuera de la *cadena de equivalencias*. Veamos con detenimiento las posturas de Mouffe y Laclau al respecto.

La propuesta tanto en la obra de Mouffe como en la de Laclau ha sido analizar las condiciones necesarias para la formación de un pueblo y montar sobre ellas el escenario político. Significativamente, esta operación es guiada en parte por la crítica de Carl Schmitt a la democracia liberal que describimos en el capítulo anterior. Desde ahí, nuestros autores retoman la vía de la democracia radical entendida como el ejercicio pleno de la soberanía popular. Con ello, tanto Mouffe como Laclau pretenden evidenciar que para pensar la política y especialmente, para pensar la democracia, es indispensable evitar toda tentación de erradicar el conflicto. Para ello es importante alejarse de antropologías racionalistas y consensualistas que pretenden que las asociaciones humanas pueden formarse sin rastro alguno de violencia o exclusión. Al respecto, recordemos las palabras de Mouffe:

[...] en su intento de fundar la política en la Razón y la Naturaleza, los Filósofos de la Ilustración se vieron abocados a presentar una visión optimista de la sociabilidad humana, considerando la violencia como un fenómeno arcaico que realmente no pertenece a la naturaleza humana. Según ellos, las formas de conducta antagonistas y violentas, todo lo que sea una manifestación de hostilidad, podía erradicarse gracias al progreso y los intercambios y el desarrollo de la sociabilidad.³¹²

Desde esta perspectiva, formar un pueblo, construir una unidad popular, estaría lejos de ser un proceso de integración armoniosa guiado por la razón y las instituciones, más bien, dicha integración se caracterizaría por un enfrentamiento continuado de diversos intereses, ideologías y

³¹¹ Ernesto Laclau, *La Razón Populista...*, pp. 97 - 99

³¹² Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 143

afectos, en el cual, trazar horizontes políticos, identificar enemigos y amigos resulta indispensable. Como hemos dicho antes, según Laclau, lo que sucede en ese *enfrentamiento continuado* es que los distintos intereses, ideologías y afectos políticos, ya sea por su similitud o por su finalidad, pueden irse agrupando con la aspiración de unidad en una *cadena equivalencial de demandas*. Con ello, Laclau pretende dar un giro de timón frente a las antropologías ilustradas y la democracia liberal. Desde su perspectiva, mientras aquellas confían en que el *desarrollo de la razón* permitirá la conformación de un pueblo que suscriba las prerrogativas de los derechos humanos y el Estado de derecho, la lógica del populismo nos indica que el destino de una *cadena equivalencial* es incierto.

No deja de llamar la atención esta caracterización de las antropologías ilustradas suscrita por Laclau y Mouffe. Si bien es cierto que podemos encontrar en las filosofías ilustradas diversas evidencias de esa confianza por el desarrollo de la razón que le atribuyen nuestros autores, también es cierto que ilustrados como David Hume mostraron escepticismo respecto a la razón y su papel en el desarrollo progresivo de la humanidad. Para el filósofo escocés, las instituciones de cooperación -por ejemplo- no se explican como un triunfo de la razón sino como la mejor forma de ejercitar nuestras pasiones egoístas. No es la razón la que guía el progreso de la humanidad del egoísmo a la cooperación sino la propia naturaleza de nuestras pasiones que, ante la imposibilidad de satisfacerse completamente, nos obligan a buscar medios para satisfacerlas parcialmente³¹³. Definitivamente, la caracterización que hacen Laclau y Mouffe de las antropologías ilustradas les permite avanzar una interpretación de la política crítica con las pretensiones universalizantes de racionalismos duros, sin embargo resulta complicado admitir que la antropología filosófica desarrollada en el período de la Ilustración sea reductible a dicha interpretación.

Ahora bien, como decíamos, la idea de Laclau es que la *cadena equivalencial* podría sentar las condiciones para que un pueblo asuma la pluralidad y la equidad económica como el rasgo

³¹³ Esta idea la desarrolla Hume largamente en los libros II y III del *Tratado de la Naturaleza Humana* (Madrid, Técnos, 2005), así como en su *Investigación sobre los principios de la moral* (Madrid, Técnos, 2007. Referencias adicionales pueden encontrarse en los ensayos: “Del origen del gobierno” y “Del contrato original” en *Ensayos políticos, morales y literarios*, Madrid, Trotta, 2011. La idea fundamental en todo ello es que las instituciones jurídicas y políticas tienen que construirse con arreglo al dato antropológico de que los seres humanos tienden hacia la benevolencia y la cooperación con sus pares más cercanos, mientras exhiben tnedencia al egoísmo y la competencia con quienes les son extraños. De tal suerte que el reto para las sociedades urbanas, industrializadas y complejas sería construir mecanismos institucionales que permitan fomentar la benevolencia natural y desincentivar el egoísmo hacia quien nos es extraño, pues sólo así pueden construirse mecanismos de cooperación social que permitan preservar entidades como un Estado o una nación.

esencial de su identidad o podría sentar las bases para la construcción de un pueblo nacionalista y xenófobo. Tal y como dice Laclau: “entre el populismo de izquierda y el de derecha existe una nebulosa tierra de nadie que puede ser cruzada -y ha sido cruzada- en muchas direcciones”³¹⁴.

Al parecer, para Laclau y para Mouffe esto último es un riesgo inherente a la democracia, metido en las entrañas de la soberanía popular e indispensable para mantener vivas las instituciones democráticas. Desde esta perspectiva, entrar en la lógica democrática significa asumir que en ese juego político se enfrentan adversarios, muchas veces irreconciliables, que se disputan la integración de la soberanía y que ello supone que una cierta *cadena de equivalencias*, aún la más justa, puede ser derrotada.

Pero ya sea que el pueblo se dirija hacia la izquierda o la derecha, lo importante para Laclau es entender al populismo como una lógica política de institución de lo social -en términos de democracia radical- desde la que se reconoce la imposibilidad de establecer un orden institucional donde todos los conflictos se solucionen de manera racional³¹⁵. El problema para esta teoría, como sugerimos párrafos atrás, es que al utilizar las categorías schmittianas de *amigo – enemigo*, nos somete a un escenario problemático de exclusión.

En ese rubro, Chantal Mouffe dio un paso decisivo para intentar solucionar este problema al convertir al enemigo en un *adversario legítimo*. Con todo, el problema es que el pesimismo antropológico que sostiene Mouffe obliga a dar preferencia al antagonismo político -como punto de partida para la formación del pueblo- frente a la institucionalización de los derechos humanos³¹⁶. En ese sentido, la crítica a la democracia liberal que hacen Laclau y Mouffe resulta un tanto confusa, pues precisamente uno de los mayores déficits que la democracia liberal carga a costas es el problema de la exclusión en la participación política y ese problema no termina de ser resuelto por la teoría de la *cadena de equivalencias*. Por el contrario, pareciera abrir la puerta a una exclusión aún más acentuada que la existente en la democracia liberal.

Lo interesante es que, al enunciar la idea del *adversario legítimo*, Mouffe se ha colocado en el marco conceptual de las instituciones de la democracia liberal. Una vez en ese escenario, la filósofa belga describe (“redescribe” según sus palabras) las instituciones de la democracia liberal

³¹⁴ Ernesto Laclau, *La Razón Populista...*, p. 115. Como ejemplos vale la pena citar el caso de Jobbik en Hungría que se afirma como un movimiento anti-capitalista y anti-migrante o el caso del llamado “Lepenismo de izquierda” o “Lepenismo obrero” en Francia, términos con los que se suele designar la capacidad del Frente Nacional encabezado por Marine Le Pen para captar el antiguo voto comunista.

³¹⁵ Ernesto Laclau, *La Razón Populista...*, p. 150

³¹⁶ Ver, Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, pp. 30 - 32

como instituciones óptimas para la realización de la democracia radical o democracia agonista³¹⁷.

Dice Mouffe:

Al desafiar constantemente las relaciones de inclusión / exclusión que implica la constitución política “del pueblo” -necesaria para el ejercicio de la democracia-, el discurso liberal de los derechos humanos universales juega un importante papel en mantener viva la lucha democrática [...] Lo específico y valioso de la democracia liberal moderna es que, si es estudiada adecuadamente, crea un espacio donde esa confrontación [la confrontación política] se mantiene abierta, donde las relaciones de poder están siempre cuestionándose y ninguna de ellas puede obtener la victoria final.³¹⁸

Esto resulta un vuelco interesante, pues en lugar de encontrarnos con la crítica típica contra la democracia liberal que la caracteriza como un entramado institucional que es necesario superar para poder encontrar el camino de la *democracia real*, Mouffe nos sitúa en un escenario en el que las instituciones y la lógica de la democracia liberal son indispensables para la democracia moderna. La lucha entre *adversarios legítimos* sólo puede llevarse a cabo a través de dichas instituciones.

De cualquier manera, Mouffe nos recuerda que una cosa es admitir la valía de las instituciones de la democracia liberal y otra, muy distinta, pretender que a través de ellas pueda erradicarse racionalmente el conflicto propio de la sociabilidad humana. Es decir, ella no está en contra de la democracia liberal en sí misma, sino en contra de una interpretación de esta en clave racionalista que nos lleve a suscribir lo que ella llama “la ilusión de erradicar el conflicto”. Así que la crítica va dirigida contra las pretensiones de neutralización política que se han observado tanto en la teoría como en la práctica política desde finales del siglo XX. El objetivo de la crítica, afirma la filósofa belga, es demostrar que las instituciones de la democracia liberal no pueden darse por sentadas, pues no son solamente el producto de un desarrollo racional de la humanidad. Más bien, deben entenderse como instituciones que dependen de luchas políticas específicas y que, por tanto, podrían ser barridas de un momento a otro si en aras de un consenso racional utópico

³¹⁷ Para Mouffe, la democracia agonista es aquella donde quienes se enfrentan en el escenario político son *adversarios legítimos* o *enemigos amistosos*. La característica principal de este modelo es que busca integrar dos lógicas, la de la democracia y la del liberalismo, esto según Mouffe sólo puede realizarse de forma paradójica, *contaminando* la lógica de la limitación del liberalismo con la lógica de la soberanía popular y viceversa. El resultado, desde su perspectiva es que los enfrentamientos políticos se mantendrán vivos, lo que permitirá que los derechos humanos enunciados por el liberalismo puedan ejercerse de forma real. Al respecto ver: Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, pp . 112 - 118

³¹⁸ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...* pp. 26 y 31

abandonamos las luchas políticas reales. Dichas instituciones requieren vitalidad democrática, esto es, antagonismos políticos para mantenerse vivas.

El planteamiento no deja de ser sugerente, pues permite redimensionar el papel de las confrontaciones políticas para la creación de instituciones. Con todo, tampoco deja de ser inquietante la insistencia pesimista de que no podemos contar con esas instituciones como fundamento para el futuro, sobre todo porque pareciera exigir un compromiso total con la política en la vida cotidiana de todos los ciudadanos. Argumentar que la vida democrático-liberal no puede darse por sentada en ningún momento, es equivalente a plantear una especie de *insomnio democrático* que nos impide darle descanso a la actividad política.

Esto resulta aún más claro si regresamos al planteamiento de Laclau sobre la *cadena de demandas equivalenciales* que constituyen un pueblo. Pues tal y como decía el filósofo argentino, no podemos estar seguros de hacia dónde nos llevará esa cadena: si un pueblo se conformará como pluralista o como xenófobo es algo que no podemos prever. Así, ante la carencia de algún principio racional que guíe la conformación del pueblo, lo único que podemos hacer para evitar caer en las fauces de un pueblo xenófobo que dé pie a un gobierno fascista es participar de forma constante en la conformación y reconformación del pueblo al que pertenezcamos. Si no lo hacemos -parece sugerir la tesis de Laclau- deberíamos entonces prepararnos para una posible derrota de las instituciones democráticas frente a políticas autoritarias.

Justo por esta perspectiva teórica, José Luis Villacañas ha afirmado que el populismo nos somete a una dinámica apocalíptica en la que, o invertimos todas nuestras fuerzas en la (re)construcción del pueblo, o nos resignamos a la barbarie más cruenta³¹⁹. Esto pareciera indicarnos que, en el fondo, el diagnóstico de Laclau y Mouffe es que ni las instituciones de la democracia liberal, ni el marco conceptual de los derechos humanos pueden dar respuesta a los problemas sociales del mundo contemporáneo. Y no pueden dar respuesta porque, según su perspectiva, vivimos en una especie de mundo social desarticulado que requiere unidades populares antes que cualquier ingeniería institucional o cualquier modelo de derechos humanos. Dice Laclau:

[...] cuando la gente se enfrenta a una situación de anomia radical, la necesidad de alguna clase de orden se vuelve más importante que el orden óptico que permita superarla. El universo hobbesiano constituye la versión extrema de este vacío: como la sociedad se enfrenta

³¹⁹ Ver, José Luis Villacañas Berlanga, *Populismo*, La Huerta Grande, España, 2015, pp. 79 - 87

a una situación de desorden total (el estado de naturaleza), cualquier cosa que haga el Leviatán es legítima - sin importar su contenido-, siempre que el orden sea su resultado.³²⁰

La formación del pueblo es un asunto que, según el populismo defendido por Mouffe y Laclau, no admite prórroga. Así, no resulta claro si, de acuerdo con la lógica populista, sería posible proporcionar un marco conceptual que pueda sostener a la par una debida protección institucional de los derechos humanos y la *intensidad* del conflicto político propia de la noción de democracia radical. Y si la teoría populista no es capaz de combinar democracia radical con derechos humanos, tampoco puede superar las marginaciones sociales que han puesto en entredicho la legitimidad de la democracia liberal.

En ese sentido, valdría la pena preguntarse si es posible construir un marco conceptual que pueda integrar la construcción de un pueblo soberano, activo políticamente, sin que ello implique priorizar la propia conformación del pueblo por encima del orden constitucional que protege los derechos humanos. Tanto Mouffe como Laclau han tenido razón al apuntar que la democracia requiere de un pueblo y que la formación de este pasa forzosamente por un conflicto político intenso que no puede predecirse o controlarse del todo. Lo que es difícil aceptar es que esa *imprevisibilidad* nos obligue a abandonar la idea de que los derechos humanos pueden construirse como imperativos normativos racionales a la vez que en agenda política.

No negamos, pues, que los derechos humanos deben tener un ingrediente político – conflictivo si lo que se quiere es que puedan ejercerse adecuadamente, lo que negamos es que ello nos obligue a renunciar a la posibilidad de poderlos conceptualizar en clave universal. Si los derechos humanos o las instituciones de la democracia moderna reposan tranquilamente en los libros o las academias sin salir a las calles, se desarraigan de su núcleo social y pierden fuerza. Cualquier historia sobre los derechos y las instituciones nos revelará que unos y otras son producto de movimientos sociales intensos en los que no pocas veces se requirió de la acción directa o, sin más, de la violencia política para realizarlos.

Es difícil pensar, por ejemplo, que la segregación racial en Estados Unidos hubiera podido combatirse sin las acciones de intervención en la cotidianeidad del NAACP, la SCLC o las Black Panthers y ciertamente se requiere que este tipo de movimientos (o sus sucesores como Black Lives Matter) permanezcan activos para poder combatir retrocesos en materia de segregación racial. Sin embargo, que las demandas de los movimientos sociales lleguen a institucionalizarse

³²⁰ Ernesto Laclau, *La Razón Populista...*, p. 116

permite que el avance obtenido pueda superar la coyuntura del presente. Se requiere de la racionalización jurídica de las demandas sociales, tanto como la memoria de los movimientos y la actividad política para poder pensar derechos e instituciones a futuro.

En lo que sigue, revisaremos hasta qué punto la teoría de la democracia agonista propuesta por Mouffe podría dar respuesta al dilema entre la necesidad de participación democrática constante y la institucionalización de los derechos. Desde nuestra perspectiva se trata de una dialéctica entre pasado, presente y futuro de la democracia moderna en la que difícilmente se puede obtener una solución definitiva. Pasiones políticas y racionalidad jurídica juegan papeles decisivos en la preservación de una democracia constitucional: la memoria de injusticias pasadas y las luchas por terminarlas activan los sentimientos que nos impulsan a actuar; la lucha política coyuntural y los logros jurídicos obtenidos permiten defender el presente; todo ello combinado con la racionalidad universal que requieren las instituciones permiten pensar a futuro.

10.3 Conflicto democrático y vitalización de las instituciones

Como hemos dicho ya, para Chantal Mouffe los teóricos contemporáneos de la democracia liberal (Rawls y Habermas especialmente) han desarrollado un modelo utópico de democracia cimentado sobre la expectativa un consenso racional con el que se han de superar los conflictos más complicados de la dinámica social democrática. El problema, según la filósofa belga, es que estas teorías terminan por desdibujar o minimizar los enfrentamientos al interior de los Estados, lo que provoca que las instituciones democráticas carezcan de vida y se vean amenazadas. Al respecto, Mouffe menciona lo siguiente en su texto *La Paradoja Democrática*: “[...] el ideal de una democracia pluralista no puede consistir en alcanzar un consenso racional en la esfera pública. Ese consenso no puede existir [...] Las ideas de que el poder podría ser disuelto mediante un debate racional y de que la legitimidad podría basarse en la pura racionalidad son ilusiones que pueden poner en peligro a las instituciones democráticas”.³²¹

Para la filósofa belga, este modelo de democracia ha generado las condiciones para sustentar un “consenso de centro” en el que pareciera que las agendas políticas, sociales y económicas de las izquierdas y derechas han desaparecido por completo, lo cual tiende a desincentivar la participación política y a disfrazar los problemas políticos de problemas técnicos. En ese

³²¹ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 117

escenario, según Mouffe, florecen grupos y partidos de extrema derecha que, aprovechan el ambiente de desencanto por la política para activar sentimientos nacionalistas, cuando no abiertamente xenófobos, con los que pretenden movilizar a sectores sociales de clase trabajadora que se sienten excluidos de la toma de decisiones. Dice Mouffe:

En este mundo cada vez más “unidimensional” en el que cualquier posibilidad de transformación de las relaciones de poder ha quedado eliminada, no es sorprendente que los partidos populistas de derechas estén protagonizando significativos avances en varios países. En muchos casos, son los únicos que denuncian el “consenso de centro” y tratan de ocupar el terreno de la lucha que ha abandonado la izquierda. Particularmente preocupante es el hecho de que muchos sectores de la clase trabajadora sientan que sus intereses están mejor defendidos en manos de esos partidos que en manos de los socialdemócratas. Al haber perdido fe en el tradicional proceso democrático, son un blanco fácil para los demagogos de la derecha.³²²

Desde mi perspectiva, es en este escenario que la apuesta de Mouffe y Laclau de analizar las condiciones de formación de un pueblo cobra sentido. Porque la falta de unidades populares consistentes supondría un obstáculo para generar una participación política lo suficientemente fuerte como para mantener vivas las instituciones democráticas y hacer frente a las agrupaciones políticas de ultraderecha. Esta es una pieza clave para nuestra investigación, pues nos permite avanzar en los problemas que implica construir la dimensión político – participativa del Estado de derecho.

La crítica a lo que Mouffe denomina “consenso de centro” apunta precisamente a las relaciones entre Estado de derecho y participación política. Lo que identifica la filósofa belga es una vía para darle cauce a la lucha democrática en favor del Estado de derecho. Porque lo que se pone en peligro al construir un horizonte social donde se desintegran los afectos y filiaciones políticas es la posibilidad de fortalecer las instituciones de la democracia liberal, no ya con argumentos racionales, sino con las pasiones necesarias para poder activar individuos dispuestos a defender las instituciones democráticas frente a sus enemigos. Según argumenta Mouffe, en el momento en el que se creyó que la razón había demostrado, fuera de toda duda, que las instituciones democrático liberales eran las mejores para asegurar una vida en común a futuro y que ello era suficiente para que fueran obedecidas y defendidas por la población interesada, se generaron las condiciones idóneas para la caída de esas instituciones.

³²² Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 24

El modelo racionalista de democracia liberal genera un escenario de *desafección democrática*. Según Mouffe, hay dos cuestiones que es importante tomar en cuenta sobre él para emprender una crítica que pueda revitalizar las instituciones democráticas. La primera es que la idea de la desaparición de las ideologías que defendieron quienes argumentaron en favor del “consenso de centro” (como Bill Clinton), es sólo una máscara con la que se esconden los vencedores de una batalla política de largo alcance (aquí, desde luego, escuchamos los ecos de las críticas Marx y Schmitt al Estado de derecho); la segunda es que en el momento en que las agrupaciones de extrema derecha empezaron a detectar el desencanto de ciertos sectores sociales desfavorecidos al interior de las democracias liberales, aprovecharon la situación para comenzar a movilizar masas con un claro resentimiento hacia la democracia liberal. Se trata de las dos caras de una misma moneda: por un lado, la idea de la desaparición de las ideologías, que busca neutralizar el ingrediente conflictivo de la política, impide una identificación con las instituciones liberales; por otro lado, el ascenso de la ultraderecha busca intensificar el conflicto democrático a tal grado que termina por amenazar las instituciones liberales con su lógica de exclusión. Las dos caras, según la filósofa belga, ilustran los peligros a que se encuentra sometida la defensa de la democracia moderna.

Para Mouffe, la descripción en términos histórico – políticos de este escenario también es importante para darle mayor fuerza a su crítica. Desde su perspectiva, el derrumbe de la Unión Soviética y de la mayoría de los regímenes del llamado “socialismo real”, así como el desarrollo acelerado de las políticas capitalistas a nivel global que trajo consigo (neoliberalismo), eran el resultado del triunfo político de la democracia liberal. Sin embargo, la interpretación que los propios vencedores dieron a este hecho intentó justificarse no en clave político – conflictiva sino en clave racionalista. Así, el triunfo de la democracia liberal se presentó como el triunfo de la razón y no el triunfo de una posición política determinada. La idea, según la filósofa belga, era neutralizar los potenciales conflictos políticos al interior de las democracias liberales y avanzar en las políticas de privatización y mercantilización que se venían trabajando desde mediados de los años ochenta del siglo XX. Así las cosas, quien se opusiera al “nuevo orden económico” sería considerado no como un adversario político con quien se tendrían que dirimir las controversias en los parlamentos y las luchas políticas, sino como un enemigo de la razón a quien se debería excluir del escenario público.

La cuestión es que la idea de superponer el orden económico al conflicto político y la pretensión de excluir de las decisiones políticas a quienes no profesaban adhesión a dicha perspectiva económica provocó el fortalecimiento de facciones políticas que aprovecharon el descontento de sectores desfavorecidos con el nuevo orden económico para construir agendas anti-migrantes, xenófobas y racistas, poniendo en aprietos a las instituciones de la democracia liberal. Por si fuera poco, apunta Mouffe, la claudicación de los partidos socialdemócratas frente a las relaciones de poder reinantes otorgó vía libre a los demagogos de derecha para presentarse como la única alternativa frente al orden político – económico dominante y como los verdaderos defensores de la voluntad popular.

[...] el aumento de este tipo de partidos debería entenderse en el contexto de una forma política marcada por el “consenso de centro”, que permite a los partidos populistas desafiar el consenso dominante y aparecer como las únicas fuerzas antisistema capaces de representar la voluntad del pueblo. Merced a una hábil retórica populista, pueden articular muchas peticiones de los sectores populares tachados de retrógrados y presentarse como los únicos garantes de la soberanía del pueblo.³²³

Con todo, el fortalecimiento de estas agrupaciones hizo patente, según Mouffe, que la tensión entre democracia (soberanía popular) y liberalismo (derechos humanos, Estado de derecho) no podía erradicarse. La voluntad popular y los mecanismos de identificación que subyacen a ella estarán siempre presentes en las sociedades democráticas, el conflicto político que se genera en esos mecanismos es imposible de neutralizar. En ese sentido, si queremos dar una respuesta efectiva a las agrupaciones de ultraderecha que amenazan el orden democrático liberal, es indispensable admitir que la lucha por el poder no podrá ser disuelta de forma definitiva. Es desde ese punto que se debe intentar dar solución a la tensión entre liberalismo y democracia.

La propuesta de Mouffe consiste en entender la relación entre liberalismo y democracia como una paradoja en la cual conviven elementos aparentemente contradictorios, pero en la cual se encuentra precisamente la condición de posibilidad para la realización de una sociedad pluralista y democrática. La tensión entre ambos conceptos opera como una especie de *impulso eléctrico* que da vitalidad a cada uno. La lógica liberal de los derechos humanos impide que la lógica democrática de la soberanía popular se desarrolle totalmente y, a la inversa sucede lo mismo. La imposibilidad de realización total de alguno de los dos horizontes permite que ambos sigan vivos. A esto debe agregarse la idea de que son necesarias pasiones políticas favorables a la democracia

³²³ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 128

liberal para poder defender sus instituciones. Así, la propuesta de Mouffe incluye tanto una visión lógica de porqué deben estar juntos liberalismo y democracia, como una visión pragmática sobre las vías para realizar dicha unión.

El argumento no deja de ser sugerente. Con todo valdría la pena anotar que la lectura de la democracia de Mouffe omite la posibilidad de entenderla en clave procedimental y formal. Es decir, pareciera que lo democrático es siempre el elemento conflictivo – dinámico, mientras el constitucionalismo es el elemento racional – estático. Así, la democracia siempre aparece como lucha política de masas, pero nunca como institución capaz de limitar la intensidad del conflicto político. Por lo demás si ciertos valores liberales, como sugiere Edward Thompson o el propio Rudolph V. Jhering, son producto también de luchas políticas ¿por qué no pensar que el liberalismo pudiera ser un motor dinámico que obligue a repensar la democracia cuando ciertos derechos civiles se ven amenazados? Parte del problema de la propuesta de Mouffe es identificar toda lucha política como una lucha por la democracia, como si fuera imposible pensar en luchas que no apuntan hacia ella o incluso contra ella. Una cosa es afirmar que pasiones y luchas sociales son lo que dinamiza la sociedad y otra, muy distinta, afirmar que esas luchas tienen comúnmente una dimensión democrática.

Regresemos ahora al argumento de Mouffe sobre la lógica que une liberalismo y democracia. Se trata de lo que ella ha denominado *democracia agonista* y consiste fundamentalmente en tomar como cierta la crítica de Carl Schmitt a la democracia liberal que indica que dicha formula encumbra el pluralismo liberal mientras debilita la fuerza política de la democracia, pero sin aceptar las conclusiones del jurista alemán que indican que la democracia y el liberalismo no pueden ir juntos y que, por tanto, se tiene que elegir una u otra lógica.

Desde la perspectiva de la filósofa belga, la posición de Schmitt requiere tomarse en serio para poder dimensionar la tensión entre las gramáticas del liberalismo y la democracia, esto es, comprender que la apuesta pluralista que se encuentra en el seno de los derechos humanos entra en franca contraposición a la apuesta unificadora que se encuentra en el seno de la soberanía popular. Es imposible, según argumenta Mouffe, pensar en alguna clase de *demos* absolutamente incluyente en el que la expresión “soberanía popular” sea equiparable a la voluntad de todos. Cualquier clase de *demos* requiere de algún mecanismo de diferenciación para poder ser afirmado, tal y como decíamos al principio de este trabajo al relatar la postura de Laclau, el *demos* se conforma a través de fronteras políticas.

Reconocer esta característica de la soberanía popular no debería llevarnos a renunciar a la posibilidad de establecer una convivencia pluralista que pueda tener como fundamento los derechos humanos y el Estado de derecho. Retomando a Schmitt, Mouffe argumenta que el problema de las democracias liberales ha sido buscar identificar el *demos* con la humanidad entera, con lo cual se pretende una igualdad total al interior de los Estados que termina por desdibujar quiénes son los que portan el derecho democrático a confeccionar las leyes, esto es, se acaba con la igualdad en sentido democrático. Pero esta contraposición entre *la humanidad* que no admite exterior e interior y el *demos* que requiere forzosamente de exterior e interior no implica la renuncia a los principios liberales. Pues precisamente la permanencia de los dos conceptos de igualdad en juego es lo que permite que podamos seguir optando por la defensa de una democracia moderna -en la que ningún grupo político particular puede pretender representar el *demos*- y rechazar las concepciones esencialistas antiguas de la democracia donde los grupos dominantes podían entenderse como legitimados para representar la totalidad del *demos*. Para Mouffe, la articulación de esas dos concepciones de igualdad es el sustrato indispensable para la democracia moderna:

De hecho, esta articulación puede considerarse como el *locus* de una *tensión* que establece una dinámica muy importante, una dinámica constitutiva de la especificidad de la democracia liberal como nueva forma política de la sociedad. La lógica democrática de constituir el pueblo y de inscribir los derechos y la igualdad en las prácticas es necesaria para subvertir la tendencia al universalismo abstracto inherente al discurso liberal. Sin embargo, la articulación con la lógica liberal nos permite desafiar constantemente –mediante la referencia a la «humanidad» y al polémico uso de los «derechos humanos»- las formas de exclusión que se hallan necesariamente inscritas en la práctica política de establecer esos derechos y definir el pueblo que ha de gobernar. A pesar de la naturaleza en último término contradictoria de las dos lógicas, su articulación tiene consecuencias muy positivas [...] ³²⁴.

Es importante subrayar las dimensiones que Mouffe atribuye al liberalismo y a la democracia. Mientras el liberalismo aparece en una dimensión teórico - racional (universal abstracta), la democracia aparece como la dimensión práctica necesaria para la realización de los derechos. Así, la lógica de los derechos humanos y el Estado de derecho propia del liberalismo aparece como el elemento institucional indispensable para limitar los mecanismos de exclusión propios de la democracia, mientras la soberanía popular aparece como el elemento indispensable para ejercer los derechos dentro de la vida política. Lo curioso del argumento de Mouffe es que este

³²⁴ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, pp. 60 - 61

equilibrio entre democracia y constitución podría ser bien aceptado por cualquier teórico de la democracia constitucional. Nada le impediría a Ferrajoli, a Habermas o al propio Rawls aceptar lo que acabamos de decir.

Lo que Mouffe agrega a este esquema es un elemento que hemos caracterizado líneas arriba como una “visión pragmática para realizar la democracia liberal” y que ahora vale la pena desarrollar: la necesidad de pasiones políticas o identidades sociales favorables a la democracia constitucional. Inspirándose en autores como Michael Oakeshott y Ludwig Wittgenstein, Mouffe desarrolla una teoría sobre la lealtad democrática con la que completa su esquema de *democracia agonista*. La teoría se centra en un análisis de la conducta humana y la tesis primordial es que nuestras motivaciones para actuar conforme a las instituciones de la democracia constitucional y defenderlas no se deben a alguna especie de cálculo racional, sino a la identificación que un *demos* determinado haya desarrollado respecto a aquellas instituciones.

Desde la perspectiva de Mouffe, los teóricos contemporáneos de la democracia liberal (Dworkin, Rawls, Habermas) insisten en que la tarea de la teoría política es establecer “verdades universales, válidas para todos, con independencia del contexto histórico-cultural”. De tal suerte que “sólo puede haber una respuesta a la pregunta sobre el buen régimen, y muchos de sus esfuerzos consisten en probar que la democracia constitucional es el régimen que satisface tales requisitos”³²⁵.

Una de las consecuencias más inmediatas de esta postura es que aquellas sociedades que no se construyen bajo la lógica de la democracia liberal son consideradas como irracionales o pre-modernas. Esto obliga, según Mouffe, a preguntarse si las personas que se guían por los principios de la democracia liberal lo hacen porque han desarrollado un grado de racionalidad mayor. Así, los teóricos de la democracia liberal de enfoque racionalista, se verían enfrentados al problema de demostrar que las prácticas de adhesión a los valores de la democracia liberal son más racionales que las prácticas de adhesión a los valores de cualquier otro régimen político. Según Mouffe, si encaramos este dilema, nos vemos obligados a aceptar que no hay nada de neutral o imparcial en la democracia liberal, sino que es un régimen político que presupone un

³²⁵ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 77. No deja de llamar la atención que Mouffe le atribuya esa lectura a Rawls y Habermas. A su modo, ambos reconocen las limitaciones socio históricas de la democracia constitucional.

modo de vida determinado y es el contexto de ese modo de vida el que nos lleva a adherirnos a los valores democrático liberales³²⁶.

Esta cuestión, sostiene Mouffe, ha impulsado a teóricos como Richard Rorty a hacer una lectura “neopragmática” de Wittgenstein con el objetivo de combatir la idea de una racionalidad única que debiera guiar la teoría y la práctica política. Desde la perspectiva de Rorty, es la práctica de una vida común lo que nos lleva a asumir la democracia liberal como el mejor régimen y no alguna clase de principio racional que todos escogeríamos si estuviéramos enfrentados a alguna clase de escenario ideal (i.e. velo de la ignorancia o situación de discurso ideal). En ese sentido, según Rorty, no es posible justificar la neutralidad de la democracia liberal y presentarla como la mejor alternativa política para todos los mundos posibles³²⁷.

Según esta lectura de Wittgenstein, la democracia liberal debería dejar de considerarse como el resultado del progreso incesante de la razón humana y entenderse más bien como una “cuestión de creencias compartidas”. Así, la acción democrática, la lealtad a las instituciones de la democracia liberal no se explica como un cálculo racional, “sino más bien como un puñado de prácticas y de iniciativas pragmáticas orientadas a persuadir a la gente para que amplíe la gama de sus compromisos hacia los demás, para que construya una comunidad más incluyente”³²⁸.

Para Mouffe, esto nos sitúa en un escenario muy distinto al del racionalismo liberal, pues si sostenemos que las prácticas son lo que explican la aceptación de la democracia liberal entonces nos vemos obligados a aceptar que las instituciones democráticas requieren de un *ethos democrático* que las sostenga. Asumir esta perspectiva sería el primer paso, según la filósofa belga, para comprender que las condiciones que nos llevan a adherirnos a los valores democráticos son el producto de un “complejo proceso [de identificación] que se desarrolla mediante un variado conjunto de prácticas, discursos y juegos del lenguaje”³²⁹. Así, la defensa de la democracia liberal consiste en algo distinto a la defensa de una certeza:

Los principios liberal democráticos solo pueden defenderse como elementos constitutivos de nuestra forma de vida, y no debemos tratar de fundar nuestro compromiso con ellos en algo supuestamente más seguro. Como indica Richard Flathman – otro teórico político influido por Wittgenstein-, los acuerdos que existen respecto a muchas de las características de la

³²⁶ Al respecto y, contra Mouffe, valdría la pena recordar que Rawls pensaba que la democracia constitucional era posible sólo bajo determinadas condiciones sociales.

³²⁷ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 79

³²⁸ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 80

³²⁹ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 84

democracia liberal no necesitan estar sostenidos por ninguno de los sentidos filosóficos de la certidumbre.³³⁰

Mouffe concluye que lo que nos lleva a considerar cómo válidos los principios de la democracia liberal es el acuerdo en una forma de vida y que ese acuerdo no se ha logrado solamente por medio de “sofisticados argumentos racionales”. Las razones, dice Mouffe retomando a Wittgenstein, tienen un límite que se hace patente cuando dos principios irreconciliables se enfrentan. En ese momento es la persuasión la que entrará al juego del lenguaje. Así, el punto nodal de la democracia agonista defendida por Mouffe es reconocer que el triunfo de la democracia liberal en los países occidentales se debe al contexto de una forma de vida específica y no al triunfo de una razón superior. En ese sentido, cabe suponer que las razones que tengamos para adherirnos a los valores de la democracia liberal serán diversas y que, por tanto, las formas en la que ejerzamos nuestros derechos de ciudadanía al interior de las democracias serán plurales y conflictivas. Ninguna democracia puede aspirar a lograr un “punto de vista imparcial ... desde el cual podrían tomarse decisiones que atiendan por igual el interés de todos”³³¹.

Según esto, la insistencia en un modelo racionalista de democracia liberal, en la medida en la que busca explicar la lealtad democrática como una operación de cálculo racional, a lo que nos conduciría es a debilitar dicha lealtad. Una cosa es que tengamos un acuerdo respecto a una forma de vida política y otra, muy distinta, que tengamos un acuerdo sobre la forma de interpretar las reglas necesarias para realizar esa forma de vida. Desde la perspectiva de Mouffe, las propuestas de Habermas y Rawls nos impulsan a negar que el juego democrático pueda jugarse de forma diversa, lo que llevado a la práctica, provoca el desencanto de todos quienes no comparten la interpretación racionalista sobre la democracia.

Entonces, si nos situamos fuera del llamado enfoque racionalista, lo que requerimos, según Mouffe, es “la multiplicación de las prácticas, las instituciones y los discursos que modelan individualidades democráticas”³³². Ninguna garantía racional puede situarse más allá de la voluntad de preservar una forma de vida que nos es propia. En ese sentido, es importante observar los signos de los tiempos y reconocer que esas formas de vida que sustentan la

³³⁰ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 80

³³¹ Chantal Mouffe, *La Paradoja Democrática...*, p. 87

³³² Chantal Mouffe, *El Retorno de lo Político*, Paidós, Barcelona, 1999, p.21

democracia liberal pueden desaparecer si desde el interior de la propia democracia liberal no somos capaces de generar espacios en los que se reproduzca esa forma de vida. Por ello requerimos “dispositivos que permitan a las diferentes posiciones enfrentarse en el seno mismo de lo que reconocen como constitutivo de su espacio político común”³³³.

Desde la perspectiva de Mouffe, la forma de vida de la democracia liberal es la del consenso sobre los derechos humanos y el disenso sobre la interpretación de estos. Se trata de una forma de vida en la que los ciudadanos deben articularse entre lo universal y lo particular, es decir, un marco común de existencia (derechos civiles, políticos, sociales, etc.) y la posibilidad de interpretar ese marco de formas diversas. Así, el reto para la democracia liberal no es demostrar su valía racional, sino generar prácticas políticas en su interior que permitan que los agentes políticos sigan defendiendo sus instituciones aún si sus programas políticos (su interpretación sobre el marco común de existencia) son derrotados en las urnas electorales, los parlamentos o las calles.

10.4 Populismo, democracia agonista y futuro

Para finalizar esta sección, quisiera hacer dos anotaciones: primero, me parece que es importante darle la razón a Laclau cuando dice que es erróneo utilizar al populismo como una mera etiqueta para descalificar formas de entender la política a las que se considera como demagógicas. Al respecto, José Luis Villacañas ha anotado con mucha claridad que si queremos oponer alternativas al populismo, lo primero que tenemos que hacer es reconocerlo como una teoría bien definida y que ha estado presente en el imaginario occidental ya hace varios siglos; segundo, que si hacemos caso de esa tesis debemos admitir que la teoría populista nos ha puesto el difícil reto de repensar las categorías políticas y jurídicas sobre las que asentamos la democracia. Así, creemos que, si queremos seguir construyendo horizontes de inclusión a través de los derechos humanos, es importante pensar las formas en que esos derechos podrían constituirse como el elemento distintivo para la construcción de un pueblo. Es decir, creemos que es necesario reconocer la dimensión política de esos derechos sin que ello nos lleve a negar su horizonte de universalidad.

³³³ Cantal Mouffe, *El Retorno de lo Político...*, p. 22

Desde mi perspectiva, pensar que la construcción de un marco institucional de protección a los derechos humanos es el producto de una *cadena de equivalencias* contingente, nos coloca en el difícil terreno de tener que abandonar las perspectivas a futuro. La lógica política populista, nos condena al *presente del conflicto político* y a una especie de *vida política total* en la que los ciudadanos no tendríamos ningún descargo institucional que nos permitiera pensar en una vida a futuro. Es cierto que las instituciones democráticas requieren de la lucha y la participación popular, pero si la lucha y la participación ocupan la totalidad de nuestra vida se corre también el riesgo de que terminemos por aceptar alguna especie de orden autoritario con tal de poder trazar expectativas de futuro.

Es en ese sentido que la perspectiva de democracia agonista de Chantal Mouffe cobra mayor fuerza, pues según lo que hemos dicho, desde ella podemos reconocer la conflictividad humana y la necesidad de la conformación de un pueblo para el ejercicio de la democracia, sin renunciar completamente a los imperativos racionales del derecho que nos permiten tener horizontes vitales más allá del conflicto continuado. Es cierto que la posición de Mouffe es ambivalente al respecto, pues por un lado admite la necesidad de las instituciones de la democracia liberal para sostener las prácticas de vida que han conformado la modernidad occidental y, por otro, nos recuerda constantemente que esas instituciones son el producto de una incierta e improbable dimensión histórico – política³³⁴. Con todo, también es cierto que el reconocimiento de la democracia liberal y sus instituciones como las garantías necesarias para una forma de vida plural deja claro que el enfoque de la democracia agonista que sostiene la filósofa belga no es el de condenarnos a un futuro incierto, sino el de llamarnos a asegurar ese futuro desde la lucha política presente.

Capítulo 11. La lucha por el derecho y la dimensión político – participativa del Estado de derecho.

Hasta el momento hemos tratado la dimensión política del Estado de derecho haciendo énfasis en tres aspectos: primero, con la crítica de Marx y Schmitt a la democracia liberal, precisamos que la presuposición de que el Estado de derecho es un modelo jurídico que neutraliza el conflicto político, tiende a borrar la dimensión política de las democracias liberales; segundo, retomando la teoría de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe señalamos que en los Estados democráticos el

³³⁴ Chantal Mouffe, *El Retorno de lo Político...*, p. 18

conflicto no puede erradicarse totalmente a través de consensos racionales y que los Estados democráticos de derecho no están exentos de esa problemática; tercero, retomando también una tesis de Mouffe, explicamos que las democracias liberales requieren de participación política constante para poder lograr lealtad a las instituciones que la hacen posible. Así, el panorama que tenemos es el de Estados que pretenden moderar la exclusión y la arbitrariedad a través de mecanismos de distribución del poder y protección de derechos humanos, pero que también dependen del principio de soberanía popular para legitimarse y sostenerse.

Ahora bien, hemos subrayado que Mouffe lleva razón cuando explica que los problemas de las democracias liberales no pueden ser resueltos exclusivamente por consensos racionales y que, por tanto, es necesario adentrarse en los elementos pasionales – conflictivos de las democracias para intentar explorar soluciones nuevas para los problemas democráticos. Sin embargo, hemos descrito que la idea de Mouffe de una *vida política total*, como vía para proteger las instituciones de las democracias modernas resulta un planteamiento tan problemático como el del consenso racional liberal que ella critica, pues no queda claro en qué tipo de sociedad sería posible que los ciudadanos y ciudadanas encausaran su acción de forma permanente hacia la protección de las instituciones de la democracia liberal.

Es cierto que es necesaria la participación política para la protección de estas instituciones, sin embargo, la idea pesimista de Mouffe de que no podemos confiar nuestro futuro a las instituciones porque están bajo una amenaza constante, resulta insatisfactoria para elaborar una teoría de la democracia que pueda solventar los problemas de las llamadas teorías racionalistas. Si las instituciones no funcionan como artificios sociales que nos permitan tener cierta visión a futuro pierden entonces gran parte de su valor.

Así, nos parece que la postura de Rudolf Von Jhering, expresada en su famosa conferencia *La Lucha por el Derecho* a mediados del siglo XIX, puede darnos algunas claves sobre cómo combinar la participación política con la protección de las instituciones evitando plantear un panorama obscuro de incertidumbre constante. No sólo eso, sino que las tesis de Jhering nos ayudan a esclarecer un terreno en el que no hemos reparado del todo y que es importante para avanzar en nuestro modelo de Estado de derecho: entender al derecho como fruto de luchas morales y políticas que no se extinguen al concretarse una legislación, sino que operan como motor para la preservación o mejoramiento del mismo derecho. Esto es importante para nuestro esquema porque nos permite explicar cómo la participación política puede ayudar a cumplir la

exigencia de Joseph Raz de que Estado de derecho implica que las personas dirigen su conducta por el derecho.

De aquella famosa conferencia de Jhering podemos extraer tres ideas que nos son útiles para avanzar en la configuración de un esquema de lealtad hacia las instituciones de la democracia liberal que adelantamos en la sección dedicada a Mouffe: la primera sería la tesis de que el derecho es producto de una lucha individual o colectiva en búsqueda de la justicia; la segunda, que cuando una persona defiende su derecho protege también el derecho de su comunidad o incluso el de la humanidad misma; la tercera, es la tesis de Jhering de que los sacrificios hechos por un pueblo para defender su derecho crean lazos firmes al interior de éste, generando condiciones idóneas para la defensa de su soberanía.

Antes de adentrarnos en los pormenores de estas ideas, vale la pena subrayar que utilizamos estas ideas como recursos conceptuales que nos ayudan a profundizar nuestra tesis sobre la dimensión política del Estado democrático de derecho, pero que ello no debe llevarnos a concluir que Jhering se proponía defender alguna especie de Estado democrático de derecho. El jurista alemán fue, tal y como explica Luis Lloredo, un admirador de Bismarck y estaba preocupado por coadyuvar a la consecución de una Alemania unificada. Jhering buscaba desenclaustrar la filosofía del derecho de su torre de marfil y utilizarla para la conformación de un Estado alemán, por lo que su conferencia fue escrita en ese tono³³⁵. En conjunto, su texto se caracteriza tanto por un esfuerzo por explicar el derecho en términos de la *realidad social*, como por un fervor romántico en el que se enfatizan los lazos sentimentales que un pueblo hace con su derecho y se encumbran los sufrimientos sobre los que se sostienen los sentimientos nacionalistas.

Con todo, también es importante reconocer que las lecturas políticas sobre la conferencia de Jhering han estado dirigidas muchas veces a defender posturas democráticas o emancipadoras. El mismo Lloredo explica que Leopoldo Aras “Clarín” –el famoso literato español del siglo XIX- lo tomó como un documento de lucha contra el cinismo político en la España de finales del siglo XIX; en Italia, Benedetto Croce interpretó el texto como un panfleto cosmopolita y anti-fascista; mientras Diego Abad de Santillán –célebre anarquista hispano/argentino del siglo XX- hizo una lectura del texto en tono libertario antilegalista³³⁶.

³³⁵ Ver, Luis Lloredo Alix, “La Lucha por el Derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolph Von Jhering” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no. 15, 2012, p. 241

³³⁶ Ver, Luis Lloredo Alix, *Op. Cit.*, pp. 241 - 252

Así, vemos que el texto de Jhering ha tenido una recepción heterodoxa –a la que en parte contribuiremos aquí– aunque insistiendo en que nuestra interpretación del texto no busca reivindicar a Jhering como un demócrata liberal ni nada por el estilo, sino que nuestra idea es utilizar el concepto de *la lucha por el derecho* como un elemento que permite explicitar como la dimensión política de la democracia constitucional debe tenerse como un elemento que permite la unificación y acción de autogobierno aunque sea de forma inestable .

11.1 La lucha como fundamento para una concepción política del derecho

Vayamos pues con la primera idea que queríamos destacar: el derecho siempre es producto de la lucha. Se trata de un giro sociológico dentro de la teoría jurídica que ha tenido enorme impacto desde finales del siglo XIX y que sigue resonando en el debate jurídico. Ha estado en el centro del debate en la corriente de los *Critical Legal Studies*³³⁷, ha sido retomada desde una perspectiva liberal por Javier Muguerza³³⁸, fue tomada por Pablo Lucas Verdú como una idea central para la configuración del Estado Social de Derecho³³⁹ y ha tenido también una influencia nada despreciable en las corrientes del llamado *uso alternativo del derecho* en América Latina y la India³⁴⁰. Como dice Rodrigo Uprimmy, se trata de una idea tan simple como profunda que nos recuerda que “todos los derechos han sido adquiridos por la lucha. Y es por la lucha que serán conservados”³⁴¹.

Al enunciar esta idea, Jhering daba un paso decisivo para consolidar su llamada *segunda etapa* en la que se desmarcaba de las tesis de la Escuela Histórica Alemana encabezada por Friederich Von Savigny, la cual en términos generales planteaba que las necesidades de reforma interna dentro del derecho se darían de manera insensible e indolora en el desarrollo de la propia historia del derecho. Contra ello, Jhering aseguró que esto implicaba abandonar las relaciones entre derecho y justicia a una improbable historia progresiva encausada desde dentro de la teoría

³³⁷ Ver, Luis Lloredo Alix, *Op. Cit.*, p. 240.

³³⁸ Javier Muguerza, *La lucha por los derechos: un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal* en Universidad Nacional de Educación a Distancia, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº15, 2000, pp. 43-60.

³³⁹ Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, ed. Real Colegio de España, 1975.

³⁴⁰ Ver, Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica” en Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, ed. Anthropos, Barcelona, España, 2007, pp. 20 – 21.

³⁴¹ Rodrigo Uprimmy, “La lucha por el derecho” en *El Espectador*, consultado el 29 de junio de 2018 en <https://www.elespectador.com/opinion/la-lucha-por-el-derecho-columna-466920>

jurídica, sin tomar en consideración las condiciones efectivas en las que el derecho se logra o se transforma³⁴².

Una cuestión importante para nosotros es que la operación teórica de Jhering no consiste solamente en un vuelco de la teoría del derecho hacia la sociología o en una exigencia empírico – realista para el derecho. Más bien, la apuesta de Jhering supone colocar al conflicto social y a la participación ciudadana en el centro de la conceptualización del derecho. Como explica Lloredo, esto implica llenar el debate jurídico de consideraciones políticas para insertar el aguijón de la justicia en la discusión sobre la evolución y la finalidad del derecho³⁴³. La conferencia del jurista alemán exige admitir que todos los cambios que se puedan hacer al interior del derecho con instrumentos abstractos se quedarán siempre cortos ante la diversidad de demandas de justicia que los individuos realizarán en el transcurso de sus vidas. Dice Jhering:

Hay que confesar que también el derecho, lo mismo que el lenguaje, conoce un desarrollo orgánico, para decirlo con la expresión usual, desde dentro hacia fuera, no intencional e inconsciente. A ella pertenecen aquellos principios jurídicos que se sedimentan poco a poco en la relación desde la concertación autonómica regular de los negocios jurídicos, así como todas aquellas abstracciones, corolarios, reglas, que la ciencia descubre por vías analíticas desde los derechos existentes y lleva a la conciencia. Pero el poder de esos dos factores, la relación y la ciencia, es limitado, puede regular el movimiento dentro de los carriles existentes, estimularlo, pero no puede hacer los diques que se oponen a que la corriente tome una nueva dirección.³⁴⁴

La lucha de los individuos por reivindicar sus derechos no es, según la perspectiva de Jhering, un dato empírico aislado o indiferente respecto de la teoría del derecho, pues precisamente esa lucha -que ha sido causada por una sensación de injusticia insoportable en el corazón de un individuo- es la que permite que tanto los individuos como la sociedad se identifiquen con su ordenamiento jurídico, lo que es una condición indispensable para obedecerlo y preservarlo. Se trata de palpitanes y extrañas resonancias rousseauianas en un jurista alemán que, comprometido con un romanticismo nacionalista, intenta por todos los medios posibles consolidar el Estado alemán a través de la figura del Canciller Bismarck. Leamos a Jhering:

Todas las grandes conquistas que la historia del derecho tiene que señalar: la supresión de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de la propiedad de la tierra, de la industria, de la creencia, etc., han tenido que ser logradas tan sólo por ese camino de la lucha más violenta, continuada a menudo durante siglos, y no raramente con torrentes de sangre, pero en todas

³⁴² Ver, Antonio Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, p.199 – 211.

³⁴³ Ver, Luis Lloredo Alix, *Op. cit.*, p. 237 – 240.

³⁴⁴ Rudolph Von Jhering, *La Lucha por el Derecho*, ed. Cajica, Puebla, pp. 49 – 50.

partes derechos pisoteados marcan el camino que ha tenido que seguir el derecho en ella [...]Se puede justamente afirmar: la energía del amor con que un pueblo se adhiere a su derecho y lo sostiene, se determina según el esfuerzo y el sacrificio que le ha costado. No la mera costumbre, sino el sacrificio es el que forja los lazos más firmes entre el pueblo y su derecho, y al pueblo que Dios quiera bien, no le obsequia lo que necesita, ni le alivia el trabajo para ganarlo, sino que se lo dificulta. En este sentido no vacilo en decir: la lucha que exige el derecho para nacer no es una maldición, sino una bendición.³⁴⁵

La lucha por el derecho es un elemento conceptual que sirve para afirmar el carácter inacabado e inestable del ordenamiento jurídico, su dimensión político – conflictiva y comprender las posibilidades de su eficacia. Esto último es central tanto para Jhering como para nuestra investigación. Según esta perspectiva, la realización material del derecho en la vida de los individuos resulta ser un elemento indispensable para poder establecer un ordenamiento jurídico sólido y esa realización depende del Estado, por supuesto, pero también de la vinculación de los ciudadanos con el derecho. Esa vinculación, para Jhering al igual que para Mouffe, no es producto de un consenso racional, sino producto de un sentimiento en cuya base está el conflicto y la búsqueda de reconocimiento y justicia.

Al respecto, vale la pena recordar la historia de Michael Kohlhaas relatada por Heinrich von Kleist y que influyó notablemente en la construcción teórica de Jhering. Kohlhaas es un comerciante brandemburgués a quien, al pasar por Dresden, le son negados sus derechos de tránsito, se le intentan cobrar unos impuestos de los que él no tiene noticia y le son retenidos sus caballos. Kohlhaas decide llevar su caso a los tribunales, pero no recibe justicia, sino que se ve envuelto en una serie de trampas relacionadas con los vínculos familiares de las autoridades con aquellos que habían impedido su paso libre por Dresden. Ante la imposibilidad de obtener justicia a través de las instituciones, decide desatar una revuelta contra las autoridades y sembrar el terror en toda la provincia con el fin de obtener justicia. Después de muchos titubeos de las autoridades y de la intervención del propio Martín Lutero, Kohlhaas obtiene la reinstauración de sus derechos, pero también la pena de muerte por sus acciones. Significativamente, Kohlhaas acepta de buena gana su condena expresando que con ello se reafirma la autoridad del derecho en el que cree profundamente y que espera sus hijos puedan disfrutar.

Para Jhering, la historia de Kohlhaas evidenciaba que el derecho, para ser preservado, requeriría no sólo de un marco racional sólido tal y como lo hemos descrito en la Sección I de

³⁴⁵ Rudolph von Jhering, *Op. cit.*, pp. 52 y 57.

esta investigación, sino que requiere también de *sentimientos jurídicos* fuertes asentados en el carácter de los ciudadanos que puedan obligar a las autoridades a conducirse con arreglo al derecho y vincular a los ciudadanos entre sí. La revuelta encabezada por Kohlhaas, desde la perspectiva de Jhering no habría tenido ninguna posibilidad de éxito si en el fondo de ella no hubiera existido, además de razón, un sentimiento de una injusticia insoportable que pudieran compartir quienes le siguieron en la empresa, pero tampoco habría tenido éxito sin autoridades que pudieran sancionar los derechos violentados y reafirmar el orden jurídico. Razón, empatía social (fraternidad) y fuerza del Estado se compaginan en la teoría de Jhering para conformar un orden jurídico perdurable.

11.2 La lucha individual como reivindicación colectiva

La historia de Kohlhaas, recordada por el jurista alemán, nos lleva de lleno a la segunda idea del texto de Jhering que quisiéramos tratar: cuando una persona defiende su derecho, defiende a su vez el derecho de su comunidad o, incluso el de la humanidad. Probablemente esta es la idea que hizo que Benedetto Croce viera el texto de Jhering como un arma para defender el cosmopolitismo. Para nuestros fines, la postura del jurista alemán interesa en la medida en que nos permite profundizar en el tema de las lealtades a las instituciones de la democracia liberal que tomamos de Mouffe en el capítulo anterior de esta sección, así como en el tema de conformación de unidades populares alrededor del derecho que también tratamos. Como hemos advertido ya, no pretendemos convertir a Jhering en un demócrata, sino que buscamos usar sus tesis como un apoyo para pensar la necesidad de lucha y participación política dentro del Estado de derecho.

En su conferencia, Jhering establece una relación muy clara entre lucha individual por el derecho y reivindicación colectiva o universal respecto a éste, de la cual se desprenden sentimientos jurídicos que son el fundamento para la lealtad a las instituciones. Quien defiende su derecho está encarnando la lucha de la humanidad por la dignidad, afirma el jurista alemán en los párrafos que dedica a describir las luchas contra la esclavitud y la humillación. Así, la lucha por el derecho supone que los individuos son capaces de autocomprenderse como sujetos universales de derecho más allá de intereses particulares. Dice Jhering al respecto:

El que sostiene *su* derecho, defiende el derecho dentro del estrecho espacio del mismo. El interés y las consecuencias de ese modo de obrar suyo van por tanto mucho más allá de su persona. El interés general que resulta de ello no es sólo el ideal, que afirma la autoridad y majestad de la ley, sino que es muy real, altamente práctico, sensible para cada uno y que comprende todo el que no posee la menor comprensión para lo primero, es decir que es

asegurado y mantenido el orden firme de la vida de relación en la que cada cual está por su parte interesado.³⁴⁶

Lo que propone Jhering es entender las relaciones de los individuos con el derecho como unas en las que -como en el caso de Kohlhaas- el bien universal y el particular no están desvinculados, o en las que incluso el bien universal puede estar por encima de bien particular. Si bien una *afectación jurídica* como la de Kohlhaas puede entenderse como algo extraordinario (y exagerado), los sentimientos jurídicos necesarios para la preservación del orden jurídico son normalmente observables en las sociedades sanas donde el egoísmo no ha penetrado en todos los rincones de las acciones individuales. Para Jhering, esto pone de manifiesto que la vinculación entre el derecho y las pasiones le otorga una dimensión empírico - práctica a la idea del derecho como un bien universal. Esto permitiría que un ciudadano que suscriba la racionalidad universal de los derechos, tenga incentivos para defenderlos. El siguiente pasaje de *La Lucha por el Derecho* lo ejemplifica bien:

Esta conexión del derecho con la persona confiere a todos los derechos, de cualquier especie que sean, aquel valor inconmensurable que califico de valor ideal en oposición al valor puramente substancial que tienen desde el punto de vista del interés. De ahí procede aquella abnegación y energía en la afirmación del derecho que he descrito más arriba. Esta interpretación ideal del derecho no constituye el privilegio de naturalezas altamente dotadas, sino que es tan accesible al más tosco como al más ilustrado, al más rico como al más pobre, a los pueblos salvajes primitivos como a las naciones más civilizadas, y justamente en eso se manifiesta cómo ese idealismo está fundado en la esencia más íntima del derecho -no es más que la salud del sentimiento del derecho.³⁴⁷

En el texto de Jhering, la construcción de este escenario donde la defensa individual del derecho es identificable con la defensa universal del derecho es particularmente interesante porque se realiza desde la óptica del derecho privado. Según el jurista alemán, la defensa de la propiedad individual no puede entenderse como un mero acto egoísta sino como un acto en el que se lucha por los derechos de todos. Para Jhering se trata de una manifestación de identificación entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo; es por ello que el derecho privado resulta desde su perspectiva el fundamento de la educación política de los pueblos. Quien está dispuesto a defender lo más pequeño e insignificante (sus propiedades), estará dispuesto a defender lo más alto (la paz pública, el bien común, la libertad política, etc.). Es por eso, dice Jhering, que el

³⁴⁶ Rudolph von Jhering, *Op. Cit.*, p. 93.

³⁴⁷ Rudolph von Jhering, *Op. cit.*, pp. 83 – 84.

desarrollo político de los romanos fue tan superior, pues fueron ellos quienes tuvieron el mejor derecho privado de la Antigüedad.

Ahora, la cuestión importante para nosotros aquí es la tesis de Jhering que indica que exigir el cumplimiento de nuestros derechos no es un acto personal, sino que debe entenderse como una lucha por el derecho mismo. Aquí opera una conceptualización en la que es necesario poner atención, pues parece que Jhering estuviera presuponiendo alguna especie de consenso previo sobre el derecho para poder identificar la defensa particular con una defensa universal. De otra manera resulta un tanto difícil comprender la identificación entre derecho subjetivo y objetivo. Esto es, sería lógico decir que, si los ciudadanos hemos participado de la creación de las leyes, entonces al defendernos de un agravio personal no sólo estaríamos defendiendo nuestro interés sino el de todos aquellos que confeccionaron las leyes.

Desde una óptica iusnaturalista también podríamos presuponer que, en tanto todos los derechos son producto de una racionalidad universal, al defender nuestro derecho defendemos también el derecho de todos. Sin embargo, ninguna de estas posiciones podría ser atribuida al jurista alemán. Jhering se expresa en un lenguaje abiertamente contrario al iusnaturalismo y lejos de toda conceptualización democrática, su conferencia se desenvuelve en un tono romántico – nacionalista con el que intenta resaltar la necesidad de identificación entre un pueblo, su Estado y el derecho que emane de este. No aparecen en Jhering descripciones horizontales o igualitarias de la sociedad. Entonces ¿cómo entender esta identificación entre lucha personal y beneficio colectivo?

Desde nuestra perspectiva, lo que hace Jhering es proponer al derecho y al Estado como una especie de expresión de las realidades nacionales, lo que haría de ellos instrumentos al servicio del fortalecimiento de un pueblo. Con toda claridad expresa en su texto que un país donde el derecho no puede ser comprendido por su pueblo, está condenado a la desarticulación entre sociedad y Estado³⁴⁸. Así, cuando Jhering afirma que la defensa de derechos individuales no es un mero acto de interés particular, pareciera que lo que sugiere es que ese acto vela por el bien común en la medida en que el derecho sea un reflejo de una realidad colectiva y no una imposición del Estado. Es decir, quien confeccione el derecho debe recurrir a un análisis de la realidad nacional donde se pretende aplicar. A su vez deben comprenderse los lazos que unen a un pueblo para poder construir una relación saludable entre un pueblo y su derecho.

³⁴⁸ Ver, Rudolph von Jhering, *Op. Cit.*, p. 127.

Aquí, no encontramos a Rousseau, desde luego, pero encontramos claves para entender las relaciones entre el derecho y la democracia. Podemos presumir que tanto el pueblo romántico y unitario de Jhering, como el pueblo plural y conflictivo de las democracias liberales requieren identificación con su derecho para poder ejercerlo y preservarlo. La obediencia y lealtad al derecho requiere, según la postura de Jhering, de formulaciones racionales, sí, pero también de sentimientos jurídicos, pasiones que nos encausen a actuar en su defensa. Desde luego, esperar que los ciudadanos de un país tengan pasiones desenfrenadas por la preservación del derecho, tal y como las que demuestra Kohlhaas en la novela de Kleist, es una expectativa demasiado elevada, además de que, si se cumpliera, llevaría probablemente a un conflicto continuado entre *pasiones jurídico morales desenfrenadas*. Sin embargo, tal y como piensa Mouffe, esperar que una sociedad desarrolle lealtad a las instituciones jurídicas de la democracia liberal solamente a través de supuestos consensos racionales sobre el ordenamiento jurídico, tampoco está dando los resultados esperados.

Es importante precisar que la postulación de un acercamiento entre las pasiones y el derecho no implica renunciar a la racionalidad dentro del derecho. El propio Jhering se muestra reacio a esa posibilidad. Más bien, la propuesta consiste en encontrar el lugar de las pasiones dentro del derecho para construir una teoría más susceptible de captar el escenario de conflicto donde se desarrolla el derecho. Esto es central para profundizar en las relaciones que delineamos en la sección anterior entre democracia y derecho. Según lo que acabamos de decir, el derecho y la democracia comparten un espacio de conflictividad política que responde a pasiones individuales y colectivas que aparecen como elementos indispensables para la preservación de los derechos, el derecho y la democracia misma. Democracia y derecho comparten la necesidad de una ciudadanía activa y participativa capaz de defenderles.

Hagamos ahora un último apunte sobre la idea de Jhering de que, al defender nuestro derecho, defendemos también el de una comunidad más amplia. En *La Lucha por el Derecho*, el jurista alemán entiende la seguridad jurídica individual como el fundamento para la defensa de un ordenamiento jurídico general. Es decir, que, en la medida en que un individuo tenga satisfechas las garantías jurídicas que le permiten desarrollar su vida personal, puede este mismo individuo tener incentivos para luchar por la defensa o mejoramiento del derecho público. Según Jhering, si alguien se ve agraviado constantemente en su derecho, es poco probable que tenga algún sentimiento favorable hacia el derecho público. En un escenario como ese no se le puede pedir a

un individuo que defienda la libertad política o la constitución y lo que no puede esperarse de los individuos tampoco puede esperarse del colectivo. Así, la relación de los individuos con el derecho es determinante para la construcción de un pueblo que pueda responder activamente para defender el derecho.

Desde la perspectiva de Jhering, construir un pueblo leal al derecho es imposible si los individuos que conforman ese pueblo se ven constantemente agraviados en sus derechos.

Para ejemplificar esta cuestión, Jhering usa la siguiente imagen: la mejor manera para derribar el árbol del derecho es envenenándolo desde la raíz, corrompiendo el derecho de los individuos, el derecho privado. Al hilo de esta argumentación, Jhering afirma que un pueblo que logra identificarse con su derecho es el mejor antídoto contra las invasiones y el despotismo, pues ¿quién estaría dispuesto a dar su vida por una nación cuyo derecho no lo reconoce o lo reconoce sólo en la forma? Esto nos liga directamente con el tercer tema que quisiéramos tratar respecto a la conferencia de Jhering: la idea de que los lazos que se crean al interior de un pueblo están relacionados también con la lucha por el derecho.

11.3 La lucha por el derecho y la unidad política

Empecemos con la siguiente tesis de Jhering: la fuerza de un pueblo es directamente proporcional a la aplicación práctica de los principios de justicia en todas las condiciones de la vida; no basta el orden exterior del derecho, sino que se requiere que éste se realice en la práctica. Esto es, un pueblo tendrá lazos más sólidos en su interior en la medida en que el derecho se vea reflejado en la forma en que se realiza la vida de cada uno de sus integrantes. La tesis de Jhering es que, si un pueblo no puede confiar en sus instituciones jurídicas como garantes para la realización pacífica de su vida, entonces los integrantes de este pueblo se verán arrojados a la barbarie, lo que forzosamente desarticula una sociedad. Al respecto vale la pena citar el pasaje donde Kohlhaas defiende frente a Lutero que su rebelión es sólo la consecuencia natural del agravio hacia su derecho:

La guerra que libro contra la comunidad de los hombres es un pecado, siempre y cuando yo no haya sido expulsado de esa comunidad... Expulsado llamo yo a quien se le niega la protección de la ley. Pues preciso esa protección para desarrollar pacíficamente mi oficio; es más: ella es la causa por la que yo me refugio, junto a lo que he obtenido, en esta comunidad;

y quien me la niega me está arrojando junto con las bestias del desierto; me pone en la mano, cómo podría usted negarlo, el garrote con que me protejo a mí mismo.³⁴⁹

Definitivamente los lazos entre los miembros de un pueblo no están determinados únicamente por el derecho, eso Jhering lo sabe bien, pero el derecho cumple una función importante para la unión política del pueblo como soporte de las condiciones de vida de los individuos, las cuales son indispensables para el funcionamiento de dicha unión. Como hemos mencionado antes, es el derecho privado el que juega un papel predominante en esta relación. Para Jhering, la garantía de seguridad jurídica en el ámbito privado es el fundamento para toda conquista en el ámbito público, es decir que todo fortalecimiento de la unidad política depende de que los individuos no vean amenazado el desarrollo de su vida por arbitrariedades de los particulares o del propio Estado respecto a sus propiedades, su familia, sus transacciones mercantiles, etc.

Con todo, parece que las relaciones entre la vida privada y la unión política se desarrollan en una dimensión compleja en la que es difícil establecer jerarquías. Pues, a pesar de que las garantías jurídicas para la vida personal le parecen a Jhering indispensables para poder luchar por el derecho público, resulta un poco complicado pensar que las normas del derecho privado se obtuvieron por la acción de individuos que carecían de lazos sociales y políticos. Así, pareciera que la unidad política y alguna estructura de derecho público son presupuestos indispensables para cualquier lucha por el derecho, ya sea que esta se desarrolle en el ámbito privado o en el ámbito público. En todo caso, si existiera alguna lucha previa al derecho público, únicamente podría ser la lucha para instituir una sociedad política o un Estado.

Al respecto, hay dos cuestiones que vale la pena subrayar; la primera es que, a pesar de que Jhering coloca al derecho privado como el primer eslabón de la lucha por el derecho, esto no indica ausencia del derecho público, sino más bien indica el punto donde inicia una lucha progresiva: una vez conquistadas las garantías jurídicas necesarias para el desarrollo de la vida privada, los individuos lucharán por el mejoramiento de las condiciones del derecho público. La segunda es que el peso que Jhering otorga a la lucha individual tiene sentido sólo en la medida en que se comprenda que esa lucha está sostenida por una comunidad jurídico – política que ha luchado articuladamente para conseguir las normas de derecho privado. Así, una rebelión como la

³⁴⁹ Heinrich von Kleist, *La Marquesa de O.*, Michael Kohlhaas, ed. El Hilo de Ariadna, Argentina, 2013, p. 133.

de Kohlhaas habría carecido de todo sentido sin las luchas colectivas que le habían asegurado los derechos que suponía violentados.

Según vemos, la perspectiva de Jhering implica asumir una postura frente al derecho en la que no se puede explicar el ámbito individual sin el colectivo, ni el privado sin el público y en la que el desarrollo de cada una de estas dimensiones jurídicas es interdependiente. Significativamente, una de las consecuencias de estas relaciones es una sociedad articulada por el derecho donde el ordenamiento jurídico depende de luchas políticas y donde la preservación del derecho está cimentada en la idea de una comunidad política que se ha consolidado a sí misma a través de la lucha para conquistar lo jurídico. Jhering nos dibuja un escenario en el que las luchas políticas y jurídicas se comunican creando un espacio de interdependencia.

En este punto hay una tensión entre el pueblo, los individuos y el Estado que vale la pena tomar en cuenta. Por un lado, Jhering nos ha ofrecido una caracterización del derecho como un elemento importante para el fortalecimiento de la unidad social, aunado a esto, el derecho mismo ha sido presentado como resultado del esfuerzo individual y colectivo por construir un orden político y jurídico duradero, lo que podría llevarnos a pensar que en tanto que son las luchas de los individuos las que han creado el derecho, entonces estos individuos tendrán interés en la preservación de esas instituciones. Por otro lado, al suponer que si el derecho no se realiza en la vida cotidiana entonces los lazos sociales se debilitan, Jhering coloca al Estado y a sus mecanismos de implementación del derecho en el centro de la discusión, pues aunque podamos suponer que las luchas de los individuos han creado el derecho y juegan un papel importante en su preservación, sería difícil afirmar que esos individuos, incluso si están cohesionados en la forma de un pueblo, tienen la fuerza o la legitimidad suficiente para realizar el derecho. Esto es porque la realización del derecho no depende sólo de la participación de los ciudadanos en la creación o reivindicación del derecho, sino de adecuadas estrategias de diagnóstico sobre los obstáculos para cumplir el derecho.

Ahora, aquí aparece una interrogante respecto a la preservación del derecho y respecto a su función relacionada con la cohesión social: de qué depende la preservación o el futuro del derecho ¿es el Estado? ¿es el pueblo? ¿los individuos?, de la conferencia de Jhering podríamos concluir que todos, solo que en diferentes dimensiones. El pueblo lucha por la preservación del derecho tanto cuando los individuos acuden a los tribunales a defenderse de agravios, como cuando se organiza una lucha colectiva para oponerse a algo que se tiene por injusto, esto es

indispensable para el cumplimiento del derecho pues la ausencia de “participación jurídica” bien puede devenir en el aumento de agravios y la anomia institucional. Por su parte, el Estado preserva el derecho al construir lo que Jhering llama “buen derecho” y garantizar su cumplimiento. Sobre esto último, siempre vale la pena recordar la tajante afirmación de Habermas de que los derechos dependen de la fuerza del Estado para imponerlos, esto es importante porque nos recuerda lo delicado que sería cargarle a la ciudadanía la responsabilidad de la protección de sus derechos. Las luchas populares son necesarias como elementos para reconducir el ejercicio del poder y limitarlo, pero no pueden ser consideradas como el fundamento último para la preservación de los derechos.

Por supuesto, un problema que salta a la vista de la argumentación de Jhering es la idea de “buen derecho”. Jhering no es del todo claro en este aspecto, en repetidas ocasiones identifica derecho con justicia, lo que nos obliga a pensar que un “buen derecho” es un derecho justo. El jurista alemán tampoco especifica qué entiende por justicia; sin embargo, de su narrativa se desprende que la justicia es una especie de sentimiento que se despierta en todos los individuos ante la experimentación de un agravio en carne propia o ajena. Dice Jhering:

El dolor que experimenta el hombre por la lesión de su derecho contiene la confesión instintiva, violentamente arrancada de lo que es el derecho, primeramente lo que es para él, para el individuo, pero inmediatamente también lo que es para la sociedad humana. En ese factor se manifiesta en forma de emoción, el sentimiento inmediato de la significación y de la esencia verdaderas del derecho más que durante largos años de disfrute tranquilo.³⁵⁰

En contraparte, un “mal derecho” provoca la pérdida de la libertad de acción y sofoca el sentimiento del derecho corrompiendo así la esencia de éste. Así, para Jhering el derecho bueno o la justicia son instituciones que se comprenden de manera más nítida en su ausencia y deberían provocar de forma más o menos espontánea un sentimiento –específicamente un dolor- que nos conduzca a defenderlos. Más aún, el “mal derecho” aparece como la indicación para iniciar un combate e intentar arrebatar el poder a quien nos amenaza, tal y como Kohlhaas lo hace al iniciar la rebelión contra las autoridades brandemburguesas.

En ese sentido los ciudadanos luchan por preservar el derecho o mejorarlo cuando sienten que hay una mínima base de justicia en el ordenamiento jurídico y luchan por establecer el derecho cuando ese sentimiento de justicia ha desaparecido. Así, cuando Jhering afirma que el derecho

³⁵⁰ Rudolph von Jhering, *Op. cit.*, p. 85.

provoca lazos entre los ciudadanos, es la búsqueda de justicia lo que une a estos individuos. Jhering nos ha puesto en un escenario donde la justicia funciona como un *ethos* que une a una nación o un pueblo.

Ese *ethos* descrito por Jhering es una especie de sentido común o significado compartido de la justicia que funciona como un *cemento de la sociedad* -para usar las palabras de Jon Elster. Lo interesante de este *ethos* es que no se sustenta en una teoría iusnaturalista, sino que es una tesis empírico – sociológica que apela al trabajo cotidiano y, por supuesto, a la lucha como fundamentos de una *comunidad jurídica*. Para ejemplificarlo, tomemos una idea de Jhering sobre los sentimientos jurídicos generados por la propiedad. Según el jurista alemán, la intensidad de estos sentimientos será muy distinta si los bienes en cuestión han sido obtenidos mediante un trabajo o una lucha continuada que si han sido obtenidos mediante la suerte. Jhering piensa que un campesino que ha trabajado toda su vida para forjar su propiedad tendrá un sentimiento mucho más intenso hacia ella que alguien que la obtuvo a través de operaciones especulativas en la bolsa de valores³⁵¹. Es decir, el sentimiento de derecho respecto a una propiedad no tiene que ver con alguna valoración abstracta sobre ese derecho, sino con una vivencia concreta de las dificultades que implica la obtención de tal derecho³⁵². Dicha experiencia se traduce en un sentimiento jurídico y puede suponerse que podría ser compartida por toda una sociedad.

Desde luego, podemos cuestionar la posición de Jhering respecto a que alguien que obtuvo un derecho sin luchar por él se sentirá menos apegado a ese derecho que alguien que lo ha trabajado mucho. También podemos cuestionar que sea la experiencia continuada de un derecho lo que fortalece la relación de éste con sus ciudadanos. Es posible imaginar, por ejemplo, que una persona que ahora disfruta del derecho a votar sienta tan suyo ese derecho como quien libró una batalla política intensa por obtener ese derecho. En el mismo sentido, es posible pensar que alguien que no ha experimentado un derecho (el derecho a la salud, por ejemplo) lo sienta como suyo al representárselo a sí mismo como una necesidad relevante para el desarrollo de cualquier vida humana. Es decir que también podría postularse aquel *ethos de la justicia* sin la necesidad de experiencias intensas de *lucha por el derecho*.

Con todo, lo que parece señalarnos Jhering es que dar un derecho como sentado, como asegurado de una vez y para siempre, pareciera ser justo el camino para perder ese derecho. Es en

³⁵¹ Rudolph von Jhering, *Op. Cit.*, p. 79.

³⁵² *Ver*, Rudolph von Jhering, *Op. Cit.*, p. 83.

ese sentido que la noción de *lucha por el derecho* como elemento de cohesión permanece en pie. Esto es, a pesar de que sintamos nuestros derechos como instituciones estables, es necesario estar conscientes de que esos derechos están siempre amenazados por los fantasmas del autoritarismo y la violencia de grupos sectarios. Ningún derecho puede asumirse como un baluarte inquebrantable que jamás será atacado, el baluarte del derecho requiere barreras sociales de resistencia. Aún en momentos de estabilidad es necesario proteger estos derechos del más mínimo agravio, pues no podemos estar seguros de qué acción puede desatar un *efecto mariposa* regresivo en materia de derechos. Bien decía Hannah Arendt al respecto que era imposible prever la totalidad de efectos de alguna de nuestras acciones³⁵³.

11.4 La lucha por el derecho y el Estado democrático de derecho

Recapitulemos un poco lo dicho hasta ahora para avanzar en las relaciones de la tesis de Jhering y la construcción de un Estado democrático de derecho. El escenario que nos dibuja el jurista alemán en su texto consiste básicamente en lo siguiente: primero, el derecho es producto de una lucha tanto individual como colectiva en la que se busca justicia, ciertamente el derecho tiene un desarrollo interno que no depende de esas luchas pero los avances que pueden hacerse por esa vía son mucho menores en comparación a lo que se logra en la confrontación de intereses; segundo, las luchas que están en la base de la construcción del derecho no son solamente conflictos en los que se revelan los intereses de los individuos y grupos que conforman una sociedad, sino que son fenómenos que van moldeando la especificidad política de un pueblo y que funcionan como lazos sociales que permiten que tanto los individuos como los colectivos actúen en pro de la preservación del derecho; tercero, si los individuos se ven agraviados constantemente en su derecho, se verán obligados a utilizar la violencia con el fin de recuperar o refundar un espacio institucional que les permita realizar su vida, de tal suerte que resulta improbable que una sociedad que es constantemente agraviada obedezca el derecho de forma permanente; cuarto, el Estado juega un papel importante en la preservación del derecho en la medida en que el cumplimiento de éste no puede realizarse sólo con participación ciudadana, sino que se requieren estrategias diseñadas desde el aparato estatal para procurar que prevalezca lo que Jhering llama el “derecho bueno”; quinto, que si el sentimiento jurídico se extingue, con él se extinguen también

³⁵³ Hannah Arendt, *La Condición Humana*, ed. Paidós, Barcelona, 2005, pp. 251 – 255.

lazos sociales importantes y de ello resulta un conflicto que pone en peligro la supervivencia de cualquier Estado.

Ahora, hemos dicho en repetidas ocasiones que Jhering no teorizaba pensando en un Estado democrático de derecho, pero que sus tesis nos sirven para profundizar en las propuestas sobre la lealtad democrática expuesta por Chantal Mouffe y que describimos en el capítulo anterior de esta sección. Expliquemos más detenidamente en qué avanzamos con la propuesta de Jhering.

Desde frentes distintos, Jhering y Mouffe parecen coincidir en sus diagnósticos sobre el derecho y sobre la democracia liberal respectivamente. Ambos subrayan la importancia de los sentimientos y las pasiones para el desarrollo de las instituciones jurídico – políticas; para ambos el conflicto está en el centro de las dinámicas sociales y explica la vitalidad de las instituciones; también para ambos la participación de los ciudadanos en la creación y preservación de las instituciones es esencial. Las posturas de ambos nos permiten pensar una dimensión político – participativa del Estado de derecho en tanto que las instituciones se entienden como productos históricos de luchas sociales y en tanto que son los ciudadanos los protagonistas de esas luchas y quienes tendrán mayor interés en preservar los derechos obtenidos. Es la participación política la que crea las instituciones y también un elemento indispensable para mantenerlas a largo plazo.

Sin embargo, ambas posturas nos someten a dificultades que debemos sortear para poder esclarecer la dimensión político – participativa que estamos desarrollando. El problema de la propuesta de Jhering para una teoría contemporánea de la democracia es que su idea de pueblo remite a una imagen unitaria y homogénea de las sociedades, la cual se articula con aquel *ethos de la justicia* del que hablábamos párrafos atrás. Por su parte, el problema de la propuesta de Mouffe es que su pesimismo antropológico obliga a postular una *vida democrática total* en la que los ciudadanos tienen que estar constantemente preparados para la defensa de las instituciones de la democracia, es decir, una especie de *insomnio democrático* en el que las instituciones requieren de nuestra participación la mayor parte del tiempo. Así, mientras desde Jhering es difícil plantear el pluralismo que es indispensable para las democracias modernas, en Mouffe encontramos también dificultades para la preservación de la democracia por la enorme carga activa hacia los ciudadanos.

Con todo, la propuesta de Jhering sobre el *ethos de la justicia* puede ayudarnos a reencausar el planteamiento de Mouffe hacia un espacio donde los ciudadanos puedan descargar algo de su

responsabilidad democrática, mientras la idea de Mouffe de la conflictividad pluralista democrática ayuda a darle otro cauce a la idea de homogeneidad social de Jhering.

Como explicamos párrafos atrás, el *ethos* que ha planteado Jhering consiste básicamente en una tesis empírico – sociológica en la que se pretende que el trabajo invertido para la conquista de los derechos imprima en los individuos un sentimiento de justicia que los empuje a actuar en concordancia con esa lucha. Esto es, los individuos defenderán los derechos obtenidos de esa lucha porque están grabados en lo profundo de su propia existencia. Lo interesante de la propuesta de Jhering es que no se requiere de la acción constante del pueblo para la defensa de estos derechos porque, desde su perspectiva, la determinación de un solo ciudadano para hacer valer sus derechos puede ser suficiente en tanto que esa defensa supone la defensa para todo el colectivo. En ese sentido una serie de luchas estratégicas pueden resultar mucho más efectivas que la movilización democrática total que parece sugerir Mouffe en sus escritos.

Así, a pesar de que la propuesta de Jhering exige el compromiso de los ciudadanos para la defensa de los derechos, no exige una participación popular o colectiva constante. Esa participación puede ser requerida en momentos en los que los agravios se vuelvan mucho más persistentes o generalizados, o en momentos de refundación política. Sin embargo, en el transcurso de la vida cotidiana, la acción individual puede ser suficiente para mantener vivo el sentimiento de justicia, que en última instancia es lo que Jhering valora más. Desde la óptica del jurista alemán, la presencia de ese sentimiento es el elemento fundamental para la preservación del derecho y también para su mejoramiento. Si trasladamos esa tesis a un escenario democrático constitucional podríamos concluir que mientras los individuos puedan defenderse de los agravios de una manera justa a través de las instituciones, no será necesaria una acción colectiva, intensa y conflictiva como aquella que supone Mouffe que es indispensable para sostener las instituciones de la democracia moderna.

El problema ahora es que la identificación planteada por Jhering entre lo individual y lo colectivo nos coloca en un escenario problemático para encauzar una democracia pluralista. Porque, desde los presupuestos de Jhering, la defensa individual de los derechos puede equipararse con defensa universal sólo en la medida en que hay una identificación nacional entre los individuos. El jurista alemán no se alinea al universalismo liberal que abre paso al pluralismo, sino que la equiparación entre derechos de los individuos y derechos de la comunidad está respaldada por la idea de una nación unitaria de la que participan todos. Esto, desde luego, no era

un problema para Jhering quien, como hemos dicho, estaba preocupado por la consolidación de un Estado – nación alemán y no por la construcción de una democracia liberal. Para nosotros es un problema en tanto que queremos utilizar la teoría del jurista alemán para explicar la dimensión político – participativa del Estado de derecho.

Creemos que ese problema puede solventarse si pensamos en la configuración conflictiva de los pueblos expuesta por Chantal Mouffe. Como revisamos en la sección anterior, la idea de la filósofa belga es que los pueblos no establecen una identidad de una vez y para siempre, sino que esa identidad es dúctil y cambia según las diversas circunstancias en las que las *cadena de equivalencias* se forman. Pero, según Mouffe, la lógica universalista de los derechos humanos que atraviesa las democracias contemporáneas permitiría que las identidades populares tengan que dar espacio a lo diverso y buscar medios para convivir en el conflicto. Aquí la identificación no se da por un sentimiento de justicia compartido, que nos obligaría, según la propuesta de Jhering, a plantearnos la unión con los demás integrantes de nuestra nación en términos homogeneizantes. La identificación en las democracias modernas tiene que ver con la necesidad de existir en lo plural.

Para Mouffe, ese existir plural de las democracias liberales implica reconocer, por un lado, que en escenarios democráticos las hegemonías políticas actúan bajo la lógica de la exclusión (amigo / adversario) y, por otro, admitir que esas hegemonías requieren de la lógica de la inclusión de los derechos humanos para poder sostener la propia democracia. Los pueblos modernos, las soberanías nacionales modernas, no se constituyen de forma unitaria sino de forma plural y conflictiva. Esa forma paradójica de existir, en la que somos un pueblo y a la vez individuos diferenciados y dispersos, es la única manera de asegurarnos que nuestra existencia no estará amenazada por la derrota de nuestra facción política.

En resumen, desde nuestra perspectiva lo que necesita la propuesta de Jhering es más liberalismo pluralista para poder pensar la lucha por el derecho más allá de los confines de los nacionalismos románticos del siglo XIX. Por su parte, la propuesta de Mouffe requiere menos pesimismo antropológico para poder descargarnos de aquel *insomnio democrático* y poder plantearnos vidas en las que las instituciones puedan asegurarnos un futuro que no está amenazado de forma persistente por el conflicto político. Tanto Mouffe como Jhering llevan razón al pensar que las instituciones jurídicas sobre las que asentamos nuestra existencia no están dadas de una vez y para siempre y que, por ello, requieren la participación de los ciudadanos para

su preservación. Pero justo desde ese horizonte es importante plantearse una participación que no esté sustentada ni en identidades homogeneizantes ni en conflictos que nos exijan atención total.

CONCLUSIONES

Parte fundamental de lo que hemos discutido a lo largo del trabajo es el problema que implica defender una dicotomía entre un *modelo formal* y un *modelo sustantivo* de Estado de derecho. Según lo que hemos dicho es necesario hacer explícito que dicha dicotomía crea más problemas que los que soluciona al momento de elaborar un modelo comprensivo de Estado de derecho. Así, hemos propuesto rechazar esa dicotomía y plantear un modelo de Estado de derecho en tres dimensiones: *filosófico – conceptual*, *democrático – igualitaria* y *político – participativa*.

Desde nuestra perspectiva, dicho modelo nos invita a reconocer que los horizontes democráticos del Estado de derecho son problemáticos, pero también a profundizar en las relaciones entre motivaciones políticas, la acción social y la obediencia al derecho para poder dar cauce a dichos horizontes. Con todo esto pretendemos, por un lado, aportar elementos teóricos que permitan enfrentar los problemas conceptuales inherentes a la relación entre constitucionalismo y democracia; y, por otro, abrir caminos argumentativos que permitan hacer frente al descrédito que sufren el Estado de derecho y la democracia en los escenarios políticos contemporáneos.

En acuerdo con Chantal Mouffe, pensamos que es necesario abandonar la idea de que la democracia constitucional puede aspirar a neutralizar el conflicto político y así proteger los derechos humanos y fomentar la participación democrática. Nuestra perspectiva es que justamente la negación del conflicto político democrático y de las lógicas de agrupación inherentes a él (la formación del *demos*) nos impiden abrir caminos para pensar cómo evitar el descrédito total de la democracia y de los derechos humanos. La aspiración a la neutralización del conflicto político, so pretexto de profundizar en los derechos humanos, ha permitido una excesiva tecnificación de las instituciones democráticas, creando un escenario perfecto para desincentivar la participación política de amplios sectores de la población y para sembrar así la animadversión a la democracia y a los derechos humanos.

Por supuesto, no negamos que uno de los objetivos primordiales de las democracias modernas sea evitar que los conflictos políticos se diriman en arenas violentas de guerras de facciones y que para ello es necesaria cierta racionalidad técnica. Definitivamente, la democracia constitucional

requiere de espacios de diálogo y de deliberación racional para negociar acuerdos entre facciones y partidos. Sin embargo, esos espacios requieren de ciudadanías que estén dispuestas a sostenerlos, y ninguna ciudadanía tendrá dicha disposición si los espacios democráticos se perciben como templos sagrados de élites instruidas. Las democracias requieren de instituciones, pero también de motivaciones políticas que permitan que un pueblo se identifique con ellas y esté dispuesto a defenderlas de las amenazas internas y externas. Que élites tecnocráticas cierren la entrada a las instituciones democráticas con la intención de favorecer el desarrollo democrático, no parece ser el mejor camino para preservar dichas instituciones.

Ahora bien, si le tomamos la palabra a Ferrajoli y admitimos que la historia del constitucionalismo es una historia social de luchas y rupturas, parecería sensato concluir que la continuidad de las instituciones constitucionales depende de poder identificarnos con la historia de quienes en la lucha ofrendaron su cuerpo para construirlas. El saber especializado es condición necesaria pero no suficiente para la consolidación democrática.

Se entrecruzan en el esquema del Estado democrático de derecho pasados de luchas sociales y políticas, presentes institucionales y racionales, así como futuros inciertos cargados de deseos de emancipación, justicia y, porque no decirlo, de paz y felicidad.

En ese sentido, para terminar quisiéramos hacer una reflexión alrededor de cómo las dimensiones planteadas para el análisis del Estado de derecho se entrecruzan con nociones de pasado, presente y futuro. Desde nuestra perspectiva, cada una de las dimensiones apunta a ciertos horizontes temporales propios que nos permiten describir con un poco de mayor precisión su importancia. Proponemos hacer la reflexión siguiendo el orden del esquema planteado en el trabajo y así no perder el hilo de la argumentación.

1.- Dimensión filosófico - conceptual. Herramientas para el presente y garantías para el futuro del Estado de derecho.

Tal y como sostuvimos en la Sección I del trabajo, los elementos lógico formales del Estado de derecho están dirigidos a la limitación de la arbitrariedad gubernamental y la garantía de la autonomía de los individuos. Todo ello se desprende de la pretensión de que el orden normativo prioritario de una sociedad sea el derecho. Según esto, la limitación a la arbitrariedad y la garantía de autonomía tienen que ver con la idea de que tanto las conductas gubernamentales como las individuales deben estar guiadas por el derecho y no por la religión, la moral o

cualquier otro orden normativo. Finalmente, la idea es que los conflictos sociales más importantes deben ser resueltos a través del derecho.

Esto, desde nuestra perspectiva, nos limita a los horizontes del presente y el futuro. Todas las garantías institucionales de protección a los individuos, así como las ingenierías constitucionales de racionalidad del Estado, pretenden regular el presente de las sociedades y, a la vez, dar cierta certidumbre de futuro. Tal y como mencionamos en la Sección I, una de las características de la racionalidad de la ley consiste en que tanto el presente como el futuro sean de alguna manera previsibles. El imperio de la ley, la división de poderes o los derechos humanos permiten que las personas puedan tener certeza de que su presente no estará constantemente amenazado por caprichos de las autoridades y que podrán desarrollar su vida con cierta regularidad. A la vez, todos estos principios tienen una proyección a futuro pues se trata de máximas generales y abstractas que se supone podrán permanecer vigentes para muchas generaciones.

Justamente la idea de máximas generales y abstractas es lo que nos permite situar la valía de los principios lógico formales del Estado de derecho. Pues sólo si los contenidos constitucionales estén planteados en ese sentido, el Estado de derecho podría plantearse como un modelo de coordinación social y no como una solución coyuntural a realidades históricas determinadas. Es decir que, en respuesta a las críticas de Marx y de Schmitt, la teoría constitucionalista podría argumentar que el Estado de derecho está planteado con el firme propósito de poder garantizar una vida social con mayores estándares de justicia de lo que podrían ofrecer los horizontes revolucionarios o el decisionismo político. Tanto la revolución planteada por Marx, como el decisionismo schmittiano nos situarían de una u otra manera en las arenas movedizas de las contingencias históricas. En ninguno de los dos horizontes podríamos descansar sabiendo que hay una serie de derechos y principios legales firmes que nos permiten plantearnos una vida a futuro.

Ahora bien, eso no quita que Marx y Schmitt hayan tenido razón al señalar las limitaciones de las pretensiones universalistas del Estado de derecho. Como hemos visto en la Sección III de este trabajo, ello nos permite pensar la dimensión política de dicho Estado, así como sus necesidades en esa materia. Sin embargo, es importante notar que, si aún seguimos pensando el Estado, el derecho y la política en términos constitucionales, es precisamente porque los principios del Estado de derecho se plantearon como algo distinto al programa político de la burguesía emergente de los siglos XVII y XVIII.

Tal y como piensa Carlos Fernández Liria, el derecho moderno es una escalera que nos permite superar las ataduras religiosas y morales tradicionales para poder pensar una vida autónoma y democrática. Sin la racionalidad del derecho moderno, sin los principios lógico formales, nuestros derechos a la autodeterminación individual y colectiva (autonomía privada y pública en términos de Habermas) estarían constantemente amenazadas por las inestables voluntades políticas. Así, de un momento a otro podríamos ser arrojarnos a la arena de los particularismos religiosos y morales, así como a la arena de las jerarquías tradicionales.

Ahora, cualquiera podría objetar que si lo que otorga el Estado de derecho es certidumbre respecto al presente y al futuro, en realidad no nos da nada diferente a otros órdenes jurídicos que han sido ideados en la historia de la humanidad. Incluso podría objetarse que también los Estados absolutos y los regímenes autoritarios otorgan certeza a quienes los habitan: en ellos se sabe perfectamente quién manda, qué es lo que se puede hacer, qué no se debe hacer y también se puede estar muy seguro de que ese estado de cosas permanecerá por todo el tiempo de nuestra vida. Pero la certidumbre que genera el Estado de derecho tiene que ver con la libertad para trazar nuestro propio plan de vida, es decir, que en él tenemos certidumbre de que no existirán intervenciones ilegítimas del Estado o de particulares que pretendan coartar nuestra libertad para autodeterminarnos. El imperio de la ley, la división de poderes y la racionalidad del Estado están diseñados con la finalidad de garantizar que cada individuo goce de un espacio público apto para hacer con su vida lo que crea más conveniente.

Desde luego, en la medida en que ese entramado institucional genera espacio para la autodeterminación individual, está a la vez generando un espacio para la democracia. Pues la certeza de que soy dueño de mí mismo, permite el desarrollo de la racionalidad individual y aumenta las posibilidades de participar en las decisiones políticas. Es decir que el espacio privado que le gana el individuo al Estado con el modelo constitucional desborda rápidamente sus propios límites, pues para quien está en un proceso de autodeterminación resultará evidente que dicho proceso se verá obstaculizado en la medida en que no pueda participar de las decisiones públicas que afectan su vida. Por ello Habermas ha insistido tanto en la vinculación entre autonomía privada y autonomía pública.

Así que, en alguna medida, las garantías institucionales que permiten pensar el futuro de las vidas individuales privadas sientan también las bases para pensar las vidas colectivas públicas, es decir, para pensar las ciudadanías democráticas. La autonomía que me permite hacerme dueño de

mis creencias, mis pensamientos y mis razones sin ser molestado me conduce al mundo público de la participación ciudadana, pues comprendo que el derecho y las decisiones gubernamentales no están definidas por ningún orden metafísico al que sólo acceden algunos individuos elegidos. Por el contrario, el derecho del mundo moderno está definido por la razón humana, la cual puedo ejercitar precisamente porque está garantizada mi autonomía privada.

2.- Dimensión democrático igualitaria. Apremio del presente y proyección del futuro.

El Estado de derecho, tal y como sostuvimos en la Sección II de este trabajo, está fuertemente ligado con diversas pretensiones de igualdad entre los ciudadanos. La primera es la que nos iguala como sujetos de derechos y rompe todas las jerarquías feudales y tradicionales que suponían tratos jurídicos diferenciados en los que los estratos privilegiados tenían ventajas sustantivas. Pero a esta pretensión se unen, con el desarrollo de las agendas políticas obreras, las luchas campesinas, feministas, anti-racistas y antidiscriminatorias, las pretensiones de garantías de equidad material para el desarrollo de la vida, así como las pretensiones de igualdad en la definición del rumbo político del Estado.

Al igual que en la dimensión filosófico conceptual, las condiciones temporales en las que nos movemos son las del presente y el futuro, aunque con diferentes modalidades. Aquí lo que predomina es una especie de *apremio por el presente* junto a la expectativa del futuro. Las luchas obreras del siglo XIX, así como las agendas democratizadoras que se sucedieron tras estas luchas y que se profundizaron en los siglos posteriores, nos anuncian que la libertad y la igualdad proclamada por los movimientos constitucionales anti-absolutistas ha tenido un efecto disímil al momento de combatir las desigualdades existentes en el *ancien régime*.

Esto es, la lógica constitucional no desbarató las desigualdades socioeconómicas, como tampoco las políticas y, mucho menos, las de género. Así, la cuestión aquí es que para ninguna persona resultará evidente que debe adherirse a los postulados del Estado de derecho si ellos no dan sentido a su vida presente. Una persona que vive en precarias condiciones materiales de existencia, que experimenta marginaciones por razones étnicas, socioeconómicas, de género o de cualquier otra clase, poco o nada percibirá de justo en el orden social que establece el Estado de derecho. La garantía de autonomía le parecerá superflua o sencillamente incomprensible si todos los días tiene dificultades para solventar las exigencias materiales de la vida humana.

Así, la lógica igualitaria se vuelca hacia el presente intentando darle sentido a la lógica de la autonomía en la vida cotidiana de las personas. Los derechos sociales se erigen como un elemento dentro del Estado de derecho que permite que quien está en desventaja social pueda igualarse con quien está aventajado, lo que a su vez permite que la autonomía pueda ser vivida en tiempo presente. Pues si podemos tener la certeza de que, aún estando en situación de desventaja socioeconómica tendremos alguna especie de piso mínimo del cual partir, se genera la posibilidad de pensarnos como personas dueñas de nosotras mismas y dueñas de nuestro destino.

Adicionalmente, si la igualación social es configurada como un derecho y no como una dádiva estatal, permite que las personas puedan ejercitar con mayor eficacia sus derechos políticos. Esto supone que los individuos no se situarán como dependientes frente al Estado o a los particulares, sino como parte de un conjunto social que crea una riqueza común a la que se tiene derecho. Se genera pues la conciencia de igualdad política. No sólo eso, sino que sabiendo que bienes como la vivienda, la salud o la educación están garantizados, un ciudadano se sabrá también en condiciones para poder trazar su plan de vida y para poder participar en los asuntos públicos.

El tiempo futuro, por su parte, se manifiesta de dos formas en la dimensión democrático igualitaria. En primer lugar, como una posibilidad existencial para los ciudadanos: en la medida en que los derechos sociales me garantizan cierto piso firme en el cual pararme, el futuro resulta algo que puedo pensar de forma más clara. En segundo lugar, el futuro aparece como posibilidad política: en la medida en que pueda contar con cierta equidad material en el presente, podré pensarme como un igual en lo político en el futuro y podré entenderme como alguien que actuará libremente en las determinaciones políticas de mi Estado. El futuro es pues una proyección que se manifiesta cuando es posible presentar mi voz política en igualdad de condiciones.

3.- Dimensión político participativa. Hacerle justicia al pasado y defender el futuro

Como explicamos en la Sección III del trabajo, conceptualizar una dimensión político participativa, y además conflictiva, del Estado de derecho, permite por una parte situar los conflictos conceptuales que hay entre democracia y constitucionalismo y, por otra, pensar a la lucha política democrática como un elemento clave para poder generar un *ethos* que apoye la proyección del constitucionalismo a futuro. En nuestro esquema temporal, algo que resulta importante de esta dimensión es que permite darle presencia a un horizonte, el pasado, que no

está planteado en ninguna de las otras dos dimensiones, mientras también se fortalece la proyección a futuro.

Hemos citado en un par de ocasiones la idea de Ferrajoli de que es importante visualizar el orden constitucional contemporáneo como el resultado de rupturas institucionales, detrás de las cuales existieron luchas políticas complejas desde las que se buscó la emancipación. Esto es importante para situar la expresión del pasado en el terreno del Estado de derecho que, de alguna manera, podría pensarse como memoria histórica.

Aquí la cuestión es que, si disociamos el entramado institucional del Estado de derecho de las luchas políticas que lo precedieron, corremos el riesgo de convertirlo en una especie de fórmula racional que no resuena en la vida de las personas. La memoria de las luchas contra la esclavitud, contra la discriminación, contra la desigualdad, contra la violencia, etcétera, permiten ver a las instituciones no como productos racionales puros, sino como una amalgama compleja entre historia política y racionalización. Por lo demás, tal y como hemos afirmado al hablar de la teoría de Jhering, la lucha parece operar no sólo como un elemento que crea nuevas realidades jurídicas, sino como un elemento que permite su permanencia. La participación política y social que va definiendo las características del constitucionalismo suele referir al pasado, pero tiene también la pretensión de proyectarse hacia el futuro.

La memoria sobre la historia de los derechos, sobre las dificultades para obtenerlos y la violencia ejercida por quien los negaba, presenta la constitucionalidad como un hecho político con rostros y avatares humanos. Esto permite generar condiciones conceptuales para pensar las lealtades sociales hacia los valores constitucionales y los valores democráticos. Desde esta óptica, ya no es posible pensar el entramado institucional del Estado de derecho como una imposición, porque en él ahora se pueden ver los rostros de todos quienes han luchado por él, así como los de todos aquellos que no llegaron a disfrutar de su protección.

Adicionalmente, esto permite pensar cuáles son las condiciones políticas necesarias para defender la democracia constitucional de las amenazas autoritarias, pues parte de lo que nos dice el pasado es que se requiere de un pueblo que se haya identificado con los valores de la igualdad y la libertad para que puedan ser defendidos en la arena política si llegaran a conformarse mayorías que pudieran amenazarlos. Desde luego, el *ethos* de la democracia constitucional no es el único elemento que nos permite salvaguardarnos de las amenazas autoritarias, pero sí se trata

de un arma potente que es necesaria como apoyo a todas las garantías institucionales que se hayan creado para frenar el autoritarismo.

Finalmente, tal y como piensa Chantal Mouffe, reconocer lo político en la relación entre democracia y constitución permite entender que ninguno de los valores e instituciones creadas alrededor de la democracia constitucional pueden darse por sentadas de una vez y para siempre. Por el contrario, deben entenderse como realidades sociales que requerirán siempre de acciones políticas, tanto como de razones institucionales para ser instrumentadas. Es decir, que la racionalidad del constitucionalismo, por sí sola, no podrá resistir los embates de fuerzas políticas que le sean contrarias, se requiere de ciudadanías activas y dispuestas a luchas por los derechos para poder presentar una defensa persistente de la democracia constitucional.

Así pues, un modelo como el que hemos presentado pretende atender el pasado dándole su lugar a las luchas históricas en la construcción del Estado de derecho; darle sentido al presente pensando las necesidades materiales de la ciudadanía a través de los derechos sociales y buscando asegurar la igualdad con garantías jurídico formales; y, finalmente, proyectar el futuro con principios generales y abstractos, así como con un *ethos* de la democracia constitucional que impida que los principios del Estado de derecho puedan ser alterados fácilmente en coyunturas políticas desfavorables.

Bibliografía

- Arendt, Hannah, *La Condición Humana*, ed. Paidós, Barcelona, 2005.
- Atienza, Manuel, “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional” en *Derechos, justicia y estado constitucional: Un tributo a Miguel C. Miravet*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2005.
- Atienza, Manuel *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Pasos Perdidos, España, 2013.
- Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995.
- Berlin, Isaiah, “Two Concepts of liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 1958.
- Bobbio, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- _____, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- _____, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1992.
- _____, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 2010.
- Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005.
- De Sousa Santos, Boaventura & Rodríguez Garavito, César A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, ed. Anthropos, Barcelona, España, 2007.
- De Icaza Dufour, Franciso, *Plus Ultra*, ed. Porrúa, México, 2008.
- Díaz García, Elías, “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- _____, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 2011 (edición Kindle).
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Liberty Fund, 1982.
- Di Castro, Elisabetta (coord.), *Justicia, desigualdad y exclusión. De Platón a John Stuart Mill*, México, UNAM, 2009.
- Domenech, Antoni, *El Eclipse de la Fraternidad: Una Visión Republicana de la Tradición Socialista*, Barcelona, Crítica, 2003.
- Dunn John, *Libertad para el pueblo*, México, FCE, 2014.
- Dworkin Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- _____(comp.), *La filosofía del derecho*, México, FCE, 2014.

- Fernández Liria, Carlos & Alegre Zahonero, Luis, *El Orden de El Capital*, Madrid, Akal, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2009.
- _____, “Pasado y futuro del Estado de derecho” en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- _____, *Poderes Salvajes: La Crisis de la Democracia Constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- Fine, Robert, *Democracy and the Rule of Law: Marx's Critique of the Legal Form*, Balckburn Press, USA, 2002.
- _____, “Marxism and the Social Theory of Law” en *Law and Social Theory*, Max Travers, Reza Banakar (eds.), Hart Publishing, Oregon, 2013.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *El Estado Moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004.
- _____, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1999.
- Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo vs. Democracia”, en José Luis Fabra Zamora (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen 3, México, UNAM, 2015.
- Gargarella, Roberto, *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810 – 2010)*, Katz, Argentina, 2014.
- _____, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Siglo XXI, 2005.
- Giddens, Anthony, *La Tercera Vía. La Renovación de la Socialdemocracia*. Madrid, Taurus, 1999.
- Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, España, Crítica, 2008.
- _____, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1994
- Haakonssen, Knud, *The Science of the Legislator. The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, ed. Cambridge University Press, USA, 1981.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2010.
- _____, *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.

- _____, *Teoría y Praxis*, Altaya, Barcelona, 1999.
- Hamilton, A., J. Madison., J. Jay, *El federalista*, México, FCE, 2010.
- Hespanha, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- Hume, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Alianza, 2005.
- _____, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Alianza, 2005.
- _____, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Honneth, Axel, *La Lucha por el Reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997.
- Ihering, Rudolph Von, *La Lucha Por el Derecho*, México, Cajica, 1957.
- _____, *Sobre el Nacimiento del Sentimiento Jurídico*, Madrid Trotta, 2008.
- Ihering, Rudolph, *El Fin del derecho*, México, Cajica, 1961
- Kant, Immanuel, *La Metafísica de las costumbres*, ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- _____, *Sobre la Paz Perpetua*, Madrid, Akal, 2011.
- _____, *Teoría y Práctica*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1991.
- _____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995.
- Kennedy, Duncan, *Izquierda y Derecho*, Siglo XXI, Argentina, 2010,
- Kleist, Heinrich Von, *La Marquesa de O.*, Michael Kohlhaas, ed. El Hilo de Ariadna, Argentina, 2013.
- Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, ed. Ariel, España, 2012.

- Laclau, Ernesto, *La Razón Populista*, trad. de Soledad Laclau, 2ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- Locke, John, *Carta Sobre la Tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2008.
- _____, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, 2008.
- Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, ed. Oxford University Press, Great Britain, 2010.
- Lucas Verdú, Pablo, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, ed. Real Colegio de España, 1975.
- Lloredo Alix, Luis, “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf Von Jhering”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 15, 2012, pp. 231 – 258.
- Marx, Karl, *Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2010.
- _____, *El Capital*, Tomo I, Madrid, Siglo XXI, 2010.
- _____, *Economic & Philosophic Manuscripts of 1844*, Moscow, Progress Publishers, 1959.
- _____, *El Manifiesto Comunista*, México, Fondo de Cultura Económica – Turner, 2007.
- _____, *Escritos de juventud sobre el derecho*, Madrid, Anthropos, 2008.
- Miaille, Michel, *El Estado del Derecho*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1985.
- Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997.
- Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2016 *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2016.
- Muguerza, Javier, “La lucha por los derechos: un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal” en *Universidad Nacional de Educación a Distancia, Revista Internacional de Filosofía Política*, n°15, 2000, pp. 43-60.
- Negt, Oskar, *Kant y Marx. Un diálogo entre épocas*, Madrid, Trotta, 2004.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- _____, *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo XXI, Argentina, 2013.
- Oakeshott, Michael, “El concepto de *rule of law*” en *Sobre la historia y otros ensayos*, Argentina, Katz, 2013 .

Orozco, Winstano y Vázquez, Rodolfo, (Coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización de América Latina*, México, ed. Siglo XXI, 2002.

Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y la crisis de la soberanía en América Latina. Notas entre la pesadilla y la esperanza” en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.

_____, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, España, 2007.

_____, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, España, 2011.

Rancière, Jacques, “Non, le peuple n’est pas une masse brutale et ignorante”, *Libération*, disponible en http://www.liberation.fr/france/2011/01/03/non-le-peuple-n-est-pas-une-masse-brutale-et-ignorante_704326 [consultado el 1 de noviembre de 2017].

Radbruch Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 2013.

Rawls, John, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

_____, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.

Raz, Joseph “El Estado de Derecho y su Virtud” en: Miguel Carbonell, Winstano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.

Ricoeur, Paul, *Caminos del Reconocimiento*, Madrid, Trotta, 2005.

Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado de derecho y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 2001.

Rousseau Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1988.

Ruiz Miguel, Alfonso (et. al.), *¿Por qué leer a Adam Smith hoy?*, México, Fontamara, 2011.

Ryan, Alan, *The Making of Modern Liberalism*, United Kingdom, Princeton University Press, 2012.

Salazar Ugarte Pedro, *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Serrano Gómez, Enrique, *La insociable sociabilidad. El lugar y función del derecho y la política en la filosofía práctica kantiana*, ed. Anthropos, España, 2004.

_____, *Política congelada. Una introducción a la filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2011.

- Schiavone, Aldo, *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Adriana Hidalgo editora, Argentina, 2009.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, España, 1991.
- _____, *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945 – 1947*, Trotta, España, 2010.
- _____, *Teoría de la Constitución*, Alianza, España, 2011.
- Shapiro, Ian, *Los Fundamentos Morales de la Política*, México, Colmex, 2007.
- Summers, Robert, “Los principios del Estado de derecho” en: Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.) *Estado de Derecho, conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- Stewart, Iain, “From ‘Rule of Law’ To ‘Legal State’: a time of reincarnation?” (Working Paper), en Macquarie Law Working Papers Series, 2007-12, Australia.
- Uprimmy, Rodrigo “La lucha por el derecho” en *El Espectador*, consultado el 29 de junio de 2018 en <https://www.elspectador.com/opinion/la-lucha-por-el-derecho-columna-466920>
- Verstrynge, Jorge, *Populismo*, El Viejo Topo, España, 2017.
- Villacañas Berlanga, José Luis, *Populismo*, La Huerta Grande, España, 2015.
- Walicki, Andrzej, *Populismo y Marxismo en Rusia*, Estela, Barcelona, 1971.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.



Casa abierta al tiempo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA

ACTA DE DISERTACIÓN PÚBLICA

No. 00235

Matricula: 2153803468

Estado de Derecho: un modelo en tres dimensiones.

En la Ciudad de México, se presentaron a las 13:00 horas del día 16 del mes de enero del año 2020 en la Unidad Iztapalapa de la Universidad Autónoma Metropolitana, los suscritos miembros del jurado:

DR. JESUS RODRIGUEZ ZEPEDA
DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO
DR. LUIS GONZALEZ PLACENCIA

Bajo la Presidencia del primero y con carácter de Secretario el último, se reunieron a la presentación de la Disertación Pública cuya denominación aparece al margen, para la obtención del grado de:

DOCTOR EN HUMANIDADES (FILOSOFÍA)

DE: OCTAVIO MARTINEZ MICHEL

y de acuerdo con el artículo 78 fracción IV del Reglamento de Estudios Superiores de la Universidad Autónoma Metropolitana, los miembros del jurado resolvieron:

A PROBAR

Acto continuo, el presidente del jurado comunicó al interesado el resultado de la evaluación y, en caso aprobatorio, le fue tomada la protesta.



Octavio Martínez Michel
OCTAVIO MARTINEZ MICHEL
ALUMNO

REVISÓ

[Signature]
MTRA. ROSALBA SERRANO DE LA PAZ
DIRECTORA DE SISTEMAS ESCOLARES

DIRECTOR DE LA DIVISIÓN DE CSH

[Signature]
DR. JUAN MANUEL HERRERA CABALLERO

PRESIDENTE

[Signature]
DR. JESUS RODRIGUEZ ZEPEDA

VOCAL

[Signature]
DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

SECRETARIO

[Signature]
DR. LUIS GONZALEZ PLACENCIA