



Reflexiones sobre el estado de derecho

Vincenzo Ferrari

Reflexiones sobre el estado de derecho

Vicenzo Ferrari

Presentación

En los últimos años la vida política de Venezuela ha sido especialmente convulsionada. Hemos tenido asambleas constituyentes, nueva constitución y reformas de la nueva constitución, intentos de golpe de estado, despido masivo de jueces y purgas sucesivas en el Tribunal Supremo de Justicia, manifestaciones pacíficas y violentas, compra de estaciones de televisión por el gobierno y cese de transmisiones en otros casos, ocupación de propiedades agrarias y urbanas. Tiempos como estos llevan a replantear las funciones del estado, la distribución de poderes y, en general, el sentido del estado de derecho y de la democracia política.

La Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana así como las facultades similares de otras universidades del país no han estado ausentes en una situación como la descrita. Los decanos o los consejos de facultad han hecho declaraciones conjuntas o separadas y han fijado posición respecto a mucho de lo que acontece en el país. Pero aparte de responder a los estímulos de su ambiente la Universidad tiene la obligación de retomar los temas que se discuten públicamente y plantearlos para su discusión también en el más alto nivel académico.

Fue esto lo que motivó a la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos a Invitar al profesor Vincenzo Ferrari a dictar una conferencia sobre el tema del estado de derecho y la democracia. Distintos aspectos del tema han sido abordados por

nuestros profesores en conferencias públicas y hemos tenido también invitados venezolanos y de otros países. Cuando el profesor Ferrari aceptó dar la conferencia y atendiendo a la calidad del conferencista, la Facultad propuso que se le otorgara el título de Profesor Honorario de la Universidad Metropolitana. Las autoridades universitarias y el Consejo Superior acogieron nuestra petición y esto convirtió la ocasión en un evento muy especial.

La Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos es la más nueva de la Universidad Metropolitana. Las carreras que ofrece - derecho y estudios liberales - fueron pensadas como interdisciplinarias, con currículos flexibles, con gran atención a los temas de ética, responsabilidad social y derechos humanos, y con una educación más centrada en los estudiantes. Es natural que se estableciera desde el inicio una relación de mutua simpatía entre la institución que estamos creando y el profesor Ferrari que se ha distinguido por sus estudios en los campos de la filosofía y la sociología del derecho. Sus trabajos han sido muy reconocidos en Italia e internacionalmente. Ha sido profesor ordinario en las universidades de Cagliari, Bologna y Milán, y en esta última ha sido Director del Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho y Presidente (Decano) de la Facultad de Jurisprudencia. Ha sido Presidente del Research Committee on Sociology of Law de la International Sociological Association y miembro de la junta directiva de esa asociación por varios periodos. Ha sido miembro del Patronato del Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati y profesor visitante en varias universidades italianas y extranjeras. Su obra ha sido muy reconocida y ha sido traducida o ha sido publicada en distintos idiomas. La Universidad Externado de Colombia también lo hizo su Profesor Honorario.

Para la Universidad Metropolitana el evento fue de enorme importancia. Es el primer profesor honorario de Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos y el acto tuvo la solemnidad que ameritaba. También es importante para el momento que

vive Venezuela, en el cual conviene tener claridad sobre el significado del estado de derecho y su importancia para que un sistema político democrático funcione adecuadamente. Por esto La Universidad ha decidido publicar la conferencia no sólo como memoria del gran evento sino para la difusión de un contenido de gran importancia y profundidad. Hemos suprimido las palabras ceremoniales en las cuales el profesor Ferrari daba las gracias por la invitación a las autoridades de la Universidad Metropolitana y ofrecía los saludos del Rector Decleva y del Decano Albisetti de la Universidad de Milán para concentrar la publicación en lo que fue la parte substancial de la exposición.

Fue un acto solemnemente académico realizado el 4 de julio de 2007. Después de él el profesor Ferrari bajó del podio, se despojó de su vestimenta académica formal y mantuvo un animado e informal diálogo con estudiantes y profesores, también en el mejor estilo de la Universidad Metropolitana. Por esto estamos seguros que esto no fue un acto aislado y que la relación entre el profesor Ferrari, y en general la Universidad de Milán, y los profesores y estudiantes de la Universidad Metropolitana se mantendrá.

Rogelio Pérez Perdomo

Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos Universidad
Metropolitana

Magnífico Rector y demás autoridades, ilustre Decano y querido amigo Rogelio, estimados colegas y queridos estudiantes de la Universidad Metropolitana, quiero ante todos expresarles mi más profunda gratitud por invitarme y hacerme el honor de nombrarme profesor honorario de vuestra Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, interpreto este gesto como un signo de amistad y de consideración no sólo hacia mi persona, sino también hacia la comunidad de los juristas y de los filósofos y sociólogos del derecho de la universidad de Milán, cuya Facultad de Derecho tuve el honor de representar durante años como decano. Espero que el evento de hoy sea sólo la primera etapa de una fértil cooperación científica, a la cual mi sucesor Alessandro Albisetti y todos mis colegas están muy interesados. También tengo la esperanza de que esta cooperación pueda extenderse a todas las disciplinas practicadas en mi universidad, que represento en el marco de las relaciones internacionales como delegado del Rector Enrico Decieva, cuyos saludos cordiales tengo el placer de traerles. Quiero subrayar que entre las prioridades de nuestra actividad en el extranjero se encuentran los países de América latina y especialmente aquellos donde vive y trabaja una importante comunidad de origen italiano.

Antes de iniciar mi ponencia debo pedir disculpas por la manera en que, inevitablemente, maltrataré el noble idioma cervantino.

REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Sobre el tema del Estado de Derecho existe una inmensa literatura en muchos Idiomas, pero espero su comprensión por la manera necesariamente rápida y un tanto apodíctica con la que me corresponde tratarlo. Mi intento sólo es el de reflexionar sobre algunos problemas que la idea del Estado de Derecho le plantea al jurista y al científico social de nuestro tiempo, en vista de los grandes cambios sociales que han ocurrido desde los siglos XVII y XVIII, en que esa noción entró en el léxico político. Son problemas tan reales que en la década de 1980 la conocida politóloga Judith Shklar, profesora en Harvard, pudo decir, con palabras tan contundentes que hoy aparecen también en **Wikipedia**, que "the phrase 'the Rule of Law' has become meaningless thanks to ideological abuse and general overuse". Desde aquel tiempo el mundo ha cambiado aún más. Para poner el ejemplo más común y simbólico, el muro de Berlín fue derrumbado, abriendo una época que la retórica de aquellos años describió como "el estallar de la paz". Pero ese optimismo resultó infundado: la ruptura del orden mundial bipolar ha generado una sucesión de conflictos de naturaleza inusitada y cuyo resultado final sigue siendo totalmente incierto. Conflictos que - lo subrayo - afectan profundamente el tema que estamos tratando.

Los problemas que se plantean respecto al Estado de Derecho comienzan con su definición misma y por tanto con su contenido. Permítanme olvidar por el momento el hecho de que la expresión en la tradición romanista a la cual pertenecemos (Estado de Derecho, **Rechtsstaat**, **Stato di diritto**, **État de droit**) no encuentran una correspondencia literal en inglés que, para referirse al concepto, oscila entre una expresión relativamente neutral como **Rule of Law** y una expresión más rica de contenido como **Constitutional State**. Estas variaciones semánticas impondrían una reflexión histórica, filológica y filosófica que van más allá de nuestro propósito en esta conferencia.

Las expresiones comunes **Estado de Derecho** y **Rule of Law** (aceptemos más bien que sean consideradas como equivalentes) son abstracciones conceptuales que hacen referencia a un contenido variable según las épocas, los contextos culturales y las perspectivas individuales. Su contenido oscila de un mínimo a un máximo - por así decirlo - como informan las fuentes históricas, de Rutherford a Montesquieu, de von Mohl a Dicey, y también las más recientes, de Kelsen y Fuller hasta a las actas del congreso que se celebró en el Instituto Universitario Europeo de Florencia hace unas pocas semanas. Los trabajos más recientes demuestran que en el tema siguen existiendo muchas dudas junto con algunas certezas, y que estas dudas conciernen precisamente el contenido y el alcance de la formulación. Precisamente debemos enfrentarnos con esas dudas, lo que haremos a continuación.

El contenido mínimo de la fórmula del Estado de Derecho, o de la **Rule of Law**, su núcleo profundo, confirmado en el congreso de Florencia por un sociólogo del derecho escéptico como Martin Krygier, es naturalmente **la exclusión del poder arbitrario**. Esto parece simplemente obvio también saliendo del significado literal de la expresión tanto europea continental como inglesa, pues "**rule of law**" y, más indirectamente, "Estado de Derecho" significan que los actos de quienes detentan y ejercen el poder deben inspirarse al Derecho positivo y sacar su justificación de ello, para que no sean inválidos, en sentido jurídico, o ilegítimos, en sentido político. **So far, so good**, como dicen los ingleses: también Krygier nos dice que este contenido de la **Rule of Law** está inscrito en su "teleología", es decir sin este mínimo la expresión misma carecería de sentido.

Sin embargo, el problema no queda resuelto. En primer lugar, cabe siempre definir lo que es "arbitrario" (el propio Krygier se lo pregunta: "caprice? whim? unreasonableness? unreasonedness? discretion?") y, andando por allí, descubrir que, por ejemplo, un nivel de discrecionalidad de parte del funcionario público, tanto

más amplio cuanto más alto el rango del mismo, es no sólo inevitable (cada norma debe ser interpretada), sino también indispensable, por lo menos para que no se enjaule la acción administrativa y política entre las sogas sofocantes de miles de minuciosas previsiones normativas. Esto llevó a Max Weber a reclamar un tanto de poder carismático para contrabalancear los excesos de la racionalización burocrática ("**die Gehäuse der Hórigkeit**": "las jaulas de hierro de la esclavitud"). Y la discrecionalidad, que la cultura jurídica europea continental pone a la base del Derecho administrativo y no sólo de la legislación, muy fácilmente pasa la frontera de la irracionalidad, del whim, que puede ser fantasía creadora, no sólo capricho o extravagancia. La frontera puede convertirse en impalpable.

Más allá del problema de la arbitrariedad, está el problema más grande: ¿cual es la **law**, el **Derecho** objetivo, que debe inspirar y justificar los actos del poder? Nuestra cultura jurídica de códigos está habituada a identificar el concepto de Derecho objetivo con el de ley emanada, la **statute law**. En cada país se considera que la fuente primaria de Derecho es la ley promulgada con un acto formal que concluye un procedimiento aun más formal. Esta sería la "ley" o el "Derecho" que, con una interpretación que parece ser impuesta por la propia fórmula "**rule of law**", debe pre-existir al acto de gobierno o de administración, y por tanto inspirarlo y justificarlo.

"La ley sólo dispone para el porvenir", dicen casi todos los códigos, es decir no debe ser retroactiva, excepto en casos especiales y taxativos, previstos normalmente en favor del ciudadano, como el del **ius superveniens** sustantivo más favorable al acusado en un proceso penal. Verdad, una vez más: si hace falta la irretroactividad, hablar de "acto según la ley" es un contrasentido, un oxímoron. Sin embargo, es de nuevo evidente que el problema se traslada y no se resuelve, por lo menos en teoría. Aún dejando de lado la cuestión del estatuto del principio de irretroactividad (en el Derecho Italiano no se lo considera como un principio de

rango constitucional), cabe reconocer que la ley está sometida a interpretación, lo que no es otra cosa que un proceso que puede llevar un enunciado a cambiar su significado. Mediante la interpretación el principio de irretroactividad puede ser fácilmente burlado. Los ejemplos son numerosos en todos los países, por esto no es necesario insistir en el asunto.

Y hay algo más. Precisamente la ley escrita, en principio, es un acto de voluntad de uno o más sujetos que actúan como legisladores, es decir dadores de la ley, **law givers**, creadores de Derecho. Por tanto esta voluntad es arbitraria por definición, si razonamos en la perspectiva del positivismo jurídico más rígido: pues, si se admite que **non veritas, sed auctoritas facit legem**, de esto sigue que -como dijo Hobbes de manera contundente - quien puede hacer la ley también puede deshacerla, es decir abrogarla y cambiarla. Así que carece de sentido decir que el soberano se somete voluntariamente a ley que crea. Es verdad que el positivismo jurídico tiene varias matices y, también si queremos hacerlo coincidir (un tanto incorrectamente) con la teoría de la primacía absoluta de la ley escrita y formal, aun puede ser templado. **Rex facit legem, sed lex facit regem** (el Rey hace la ley, pero la ley hace al Rey) es un adagio que supone una ley previa que regule el procedimiento de elección (en el sentido etimológico latín de **eligere**) del legislador y que lo pone en el vértice, en la cúspide, del sistema de las fuentes de Derecho. De esta manera queda des-legitimado **a priori** aquel legislador que se autoproclame como tal: lo llamamos usurpador.

¿Pero cuál es esta ley que legitima al sistema? Los ingleses hablan de la **common law**, de una costumbre que aunque sea abrogable en principio por el parlamento sigue siendo el núcleo esencial de un Derecho que el soberano debe "defender" y no "crear", como dice el himno nacional: "may she **defend** our laws". Esta sugestión de una ley superior es antigua y hoy en día está renaciendo con

fuerza: en el congreso florentino el filósofo del derecho italiano Gianluigi Palombella la acogió y propuso abiertamente.

Sin embargo, tampoco ella resuelve el problema y, al opuesto, tal vez puede convertirse en un problema en sí misma, un **slippery slope**, para insistir con el idioma de Shakespeare. Pues es claro, y bien conocido, que tampoco el usurpador renunciaría a legitimar su propio poder por la ley, creándola, interpretándola, inventándola, **a priori** como **a posteriori**, según sus propias conveniencias. Y a falta de una ley escrita ya lista, es precisamente a la costumbre social a la cual él pedirá socorro: expresiones como el **Volksgeist** de von Savigny, o el **lebendes Recht** de Eugen Ehrlich, quizá enriquecidas con un adjetivo apropiado (el "sano espíritu jurídico del pueblo", decían los nacional-socialistas), pierden su connotación popular y posiblemente también democrática para convertirse en justificación filosófica de la suprema arbitrariedad del príncipe, fundamento del **Führersprinzip**. Así se pone de manifiesto el alto nivel de aporía y hasta la potencialidad engañosa de la fórmula "**Rule of Law**" o "Estado de Derecho" en su contenido mínimo.

Para escapar a la aporía (y al peligro de engaño) del concepto, es preciso por tanto mirar más allá de su contenido mínimo y ver si el concepto puede contener **per se** algo de más apreciable, que nos permita parar en algún sitio y no correr el riesgo de un círculo vicioso que, al opuesto, parecería inevitable: el propio Hans Kelsen, teórico del constitucionalismo y demócrata a carta cabal, tuvo que reconocer la validez, y por tanto la legitimidad formal, de cualquier orden jurídico, inclusive el que se ha impuesto con la fuerza, pues la **Grundnorm**, es decir su fundamento trascendental, se convierte en un hecho histórico que cambia cuando un gobierno obtiene la obediencia de la mayoría de los ciudadanos de un país. Y esto es verdad, cuando hablamos de Estado simplemente. Sin embargo, en cuanto al "Estado de Derecho", la cuestión es: ¿contiene implicaciones?

Históricamente - como es conocido - se dice que sí, que tales implicaciones existen. Hay, sin embargo, una variedad de opiniones en cuanto a su identidad. Albert Venn Dicey, por ejemplo, identifica en la **Rule of Law** tres elementos básicos: la primacía de la ley con referencia, especialmente, al marco penal donde vale el principio de taxatividad de los crímenes y de jurisdicción exclusiva de las "ordinary courts of the land"; la igualdad de todos frente a la ley y a "los tribunales ordinarios", sin distinción "de rango o de condición"; y finalmente los principios de nivel constitucional, que se encuentran, en Inglaterra, en los fallos judiciales que solucionaron problemas de "derechos de privados" y, en otros países, en las constituciones escritas (**An introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885**). La atención de Dicey se dirige, más allá del principio de legalidad formal, hacia unos **rights** fundamentales procedentes de la tradición contractualista lockiana, por tanto prioritarios respecto a la ley positiva, diríamos tanto **statute** como common, o por lo menos inscritos **ab immemorabili** en la costumbre social de los ingleses.

Casi ochenta años más tarde, en *The Morality of Law* (1964), Lon Fuller identifica "ocho distintas rutas que llevan al desastre", de donde se pueden deducir **a contrario** ocho distintas implicaciones de la **Rule of Law**, en cuanto pertenecientes a su "moral intrínseca" del derecho. Deben existir - dice el filósofo del derecho de Harvard - ante todas reglas (rules) explícitas y éstas deben ser públicas, accesibles, no retroactivas, no contradictorias, materialmente aplicables (es decir no fuera del alcance de aquellos a quienes se dirigen), no demasiado mudables y, finalmente, administradas de manera congruente respecto a su formulación. Es aquí interesante destacar que Fuller, respecto a Dicey, mira esencialmente a unos principios de legalidad formal que por supuesto están a la base del liberalismo ilustrado (pensamos en Cesare Beccaria) y al respeto de los derechos fundamentales (¡Ojalá fueran siempre respetados por nuestros legisladores!). Formulados como lo hace Fuller, estos principios parecen "neutrales" frente al contenido sustantivo de las propias normas y por tanto practicables

también por un gobierno totalitario, como un tanto despiadadamente observara Herbert Hart en su recensión al libro de su colega estadounidense: una curiosa inversión de posiciones - diríamos - entre un autor como Fuller, que se clasifica normalmente como casi iusnaturalista y otro autor, como Hart, que al opuesto se considera comúnmente como un representante del positivismo normativista.

Esta cuestión inspiró en España, dos años después de Fuller, a Elias Díaz, un libro, **Estado de Derecho y sociedad democrática** (1966) que inevitablemente fue pronto secuestrado por la policía franquista y le costó a su autor una persecución académica y política. Socialista respetuoso del núcleo fundamental del liberalismo político, Díaz propone cuatro elementos básicos del Estado de Derecho (Gd. 1998, 44 SS.): "(a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general, (b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, (c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial, (d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material".

Estos principios, por un lado, confirman y especifican unos puntos firmes de la tradición liberal: por ejemplo la división montesquievana de poderes, que conlleva su recíproca independencia, portante específicamente la independencia de los jueces frente sobre todo al gobierno y su competencia a juzgar sus actos. Este último aspecto es un punto esencial: es la histórica distinción entre **iurisdictio** y **gubernaculum**, implícita en la famosa invocación del molinero prusiano ("¡hará bien un juez en Berlín!") y explícita en el principio moderno de **judicial review** que el mejor constitucionalismo norte-americano considera ser una base indispensable de la **Rule of Law**. Por otro lado, los principios de Díaz extienden el marco tradicional del Estado de Derecho, inspirándose sobre todo en la doctrina democrática y en la socialista. La ley no es suficiente, sino que debe ser aprobada por un parlamento democráticamente elegido. Tampoco son suficientes los derechos fundamentales procedentes de la tradición liberal y aun democrática,

como las libertades de conciencia, de pensamiento, de expresión, de religión y de asociación, sino que se precisa añadir a ellos varios derechos sociales, que suponen actividades de redistribución de riquezas de parte del Estado, tal vez con medidas colectivistas. Es la actividad que no sólo socialistas reformistas, sino también liberales "abiertos" como Piero Calamandrei en Italia y Thomas H. Marshall en Gran Bretaña ya habían teorizado en la década de 1940 y que otro filósofo liberal como John Rawls, en su famoso **A Theory of Justice** (1971), puso como base de su "segundo principio de justicia", es decir el conocidísimo **maximin**: dar más a quienes tienen menos para que se equilibren los desequilibrios originarios. Este planteamiento llevará a un autor como Gregorio Peces-Barba, uno de los padres de la Constitución española de 1978, a hablar, no de uno, sino de tres "tipos de Estado de Derecho": el liberal, el democrático y el social (**Curso de Teoría del Derecho**, 1999, 118-120).

No quiero tomar una posición entre estas distintas opiniones. Lo que quiero decir aquí es, en primer lugar, que la búsqueda de las implicaciones de la fórmula "Estado de Derecho", o de la de **"Rule of Law"**, empeña no sólo y no tanto la lógica o la hermenéutica, sino la ideología de quienes andan buscando, y en segundo lugar que esta búsqueda no puede dejar de llevarnos fuera del marco estrictamente formal del derecho vigente, que el legislador puede hacer como deshacer, pues para darle un sentido al propio principio de legalidad es preciso tomar como referencia algo más alto que la ley formal, aunque sea ésta emanada con procedimientos democráticos. Este "algo" va a coincidir con un complejo de derechos subjetivos fundamentales, cuyas buenas razones cada ley o cada legislador deben tener en cuenta. Aparentemente estamos frente a una paradoja. El principio de legalidad, que todo somete a la ley emanada, es el núcleo del positivismo jurídico especialmente en su versión estatista que celebró su triunfo en el siglo XIX proclamando oficialmente la muerte del iusnaturalismo. Sin embargo, para que ese principio tenga un contenido, cabe hacer referencia a un meta-principio que se encuentra fuera del marco de la ley positiva. Por supuesto esta

paradoja es sólo aparente. Si vamos a la raíz histórica del concepto de **Rule of Law**, vemos que de hecho esto coincide precisamente con el movimiento de los derechos fundamentales del individuo, en su versión humanista que John Locke fue el primero en exponer en la edad moderna.

Luego vemos que Jeremy Bentham, aunque fue un crítico contundente del concepto de natural rights, reconoció unos derechos subjetivos básicos, si bien sometidos a la voluntad del legislador y a la existencia de una norma positiva, pero relacionados con el deber moral del gobierno de perseguir la "utilidad y felicidad del mayor número". Más allá de esto, John Stuart Mill, también inspirado al utilitarismo benthamiano, en *On Liberty*, asumirá la libertad del individuo-varón y mujer - como base prioritaria de la vida social, admitiendo su limitación sólo cuando se convierta en acciones dañosas para otros.

Así descubrimos que la fórmula "Estado de Derecho", típica de la cultura jurídica de la Europa continental, es decir la idea del Estado que tiene el monopolio del Derecho pero se somete al Derecho que él mismo crea, no es otra cosa que la síntesis, difícil y hasta un tanto ambigua, del equilibrio entre la ley positiva y una supuesta ley superior, o, como dice Ronald Dworkin en su **Taking Rights Seriously**, entre ley y principios. Un equilibrio que es el arreglo, o la conciliación, de una tensión permanente y jamás resuelta entre derecho vigente y sentimiento de justicia, que produce una especie de continuo recorrido histórico entre los dos términos. Si, por un lado, se busca en los derechos fundamentales (o en el principio de la felicidad del mayor número, lo que al fondo no es tan diferente) el fundamento del principio de legalidad, por otro lado se busca en la ley la confirmación oficial de los derechos fundamentales para que no corran el riesgo -siempre presente - de ser desconocidos y, también, de depender demasiado de la interpretación arbitraria de las ideologías en que ellos mismos se fundan. Así asistimos a dos fenómenos históricos paralelos: por un lado una **vis expansiva** del movimiento de los

derechos, cuya esfera se extiende más y más bajo el impulso de las luchas para el reconocimiento de nuevas reivindicaciones, por otro lado su positivización, antes en la forma de constituciones estatales, más y más amplias, y luego en la forma de acuerdos y tratados Internacionales, más y más numerosos y específicos, como destacó Norberto Bobbio en su conocidísimo *L'età dei diritti* (1990). La lucha para los derechos siempre se traduce en lucha para (y por) el Derecho positivo - Kampf um's Recht para citar a Jhering - donde cada uno de los dos términos desafía continuamente el otro con un desarrollo que se puede describir como espiral al menos hasta a un cierto momento histórico. Así se cuentan hoy en día no ya las tres "generaciones de derechos", como postuló Marshall en su *Citizenship and social Class* (aparecido en 1964, pero concebido y escrito en forma de ponencias en 1949), sino cuatro, o mejor dicho cinco: derechos civiles, políticos, socio-económicos, de identidad o culturales, y "difusos" (o "nuevos derechos"), todos ellos representados como esenciales a la condición de ciudadano de un "Estado de Derecho". Una grande esfera, cuyas fronteras están cada vez menos a la vista.

¿Esta esfera se ampliará aún más o corremos el riesgo de que estalle y desvanezca? Esta es la cuestión que debemos abordar en nuestro tiempo.

La dilatación de la esfera de los derechos fundamentales, con la paralela redefinición del marco del Estado de Derecho, es un fenómeno que concierne todo el siglo XIX y una buena parte - sobre todo la última - del siglo XX. Sin embargo sabemos que en la misma época, con una cúspide en la primera mitad del siglo pasado, hasta la segunda guerra mundial, ya existían elementos de crisis que ponían en riesgo su propio fundamento. Quiero destacar que la propia teorización de los derechos económicos y sociales, y las políticas redistributivas que iniciaron en la primera década del siglo para culminar en el estado del bienestar, fueron una tentativa de responder a las críticas dirigidas contra la ¿de liberal-democrática de los derechos y del Estado especialmente por el marxismo militante (pero no sólo ellos:

pensamos en el sansimonismo y en la polémica de Auguste Comte contra la metafísica de los derechos de '89), pues parecía una idea concebida a partir de las expectativas y los intereses de una sociedad de unos pocos privilegiados, donde sólo una estricta minoría de individuos de sexo masculino gozaban del derecho de voto. Así que no habría podido resistir al desafío de las masas que reclamaban mejores condiciones de vida junto a la participación formal en las decisiones colectivas. Los gobiernos europeos - y el estadounidense a partir del New Deal - entendieron lo que pasaba y abrieron espacios a la socialidad (aunque tal vez sacrificaran la democracia, como en la Italia fascista).

No voy a detenerme sobre este asunto. Sin embargo subrayo que, junto con la cuestión social, avanzaba aquel fenómeno de **masificación de la sociedad**, que José Ortega y Casset describió vívidamente, pese a su carácter conservador, en su **La rebelión de las masas** de 1930. Aquí se sitúa el cambio fundamental de la sociedad europea, pues la sociedad de masas hizo estallar las bases del tradicional consenso político o, si preferimos, del contrato social, no sólo y no tanto por los efectos del sufragio universal, como por la modalidad de formación de aquel consenso. Los partidos europeos de "notables" - tales eran en Inglaterra tanto los **tories** como los **whigs** - sufrieron el desafío de los partidos de masa, especialmente socialistas y luego comunistas, estos últimos abiertamente contrarios a la idea del Estado de Derecho - y hasta la llegada de Stalin al poder en la Unión Soviética, a la idea del propio Estado - en el cual veían una construcción artificial dirigida a la perpetuación del dominio de la clase burguesa. Pero tampoco es esto el punto más importante, pues con el tiempo los movimientos marxistas hasta al comunista (excepto los grupos más extremos) reconocieron las buenas razones de los fundamentos esenciales del liberalismo político.

La cuestión más esencial es - en mi opinión - la masificación de las necesidades, de la comunicación y de la cultura, que ha provocado la crisis no sólo

de unos partidos (los partidos liberales europeos sobre todo), sino, gradualmente, de la misma forma-partido, en su versión tradicional, es decir instrumento de percepción, acogida, racionalización y transmisión de intereses y reivindicaciones sociales al gobierno de un país: el partido como filtro institucional. Por un lado, movimientos declaradamente totalitarios como el fascismo italiano, por otro, movimientos de cara más democrática como el peronismo argentino, son un efecto de esta crisis, por estar fundamentado en la relación directa entre jefe y pueblo, sin mediación de partidos: de un lado un jefe carismático, autolegitimado por sus propias capacidades de caudillo, del otro lado un pueblo de admiradores obedientes, que se convierten en un partido creado desde arriba que recibe instrucciones en vez de darlas, con una inversión del tipo ideal de la relación democrática fruto de la modernidad. La evolución, o la Involución del PCUS, sobre todo en la época de Stalin, demuestra que aún el partido comunista, que había sido teóricamente concebido como "el movimiento que suprime el estado de cosas presente", como dijo el **Manifiesto** de 1848, y por tanto dictador en relación con la sociedad durante la fase "de transición", pero democrático dentro sí mismo (la idea originarla de la URSS era la del Estado de "Consejos", elegidos por los obreros y los campesinos) sufre la misma suerte. Por supuesto la historia ha demostrado el carácter engañoso de ese sistema de relaciones políticas invertidas entre base y vértice de una sociedad, pero hay que decir que se necesitó una guerra mundial, resistencias, persecuciones, derramamientos de sangre, para que la realidad escondida se revelara a los ojos de muchos. No me atrevo a decir "a la mayoría", pues la tendencia de una relación directa entre jefe y pueblo es siempre viva y renaciente, aún siendo hasta necesaria e inevitable bajo ciertas condiciones, como reconoció el liberal Max Weber. Ya he recordado que la racionalización de los procedimientos se junta con una burocratización gradualmente más asfixiante, que conlleva una incapacidad de cambio. Así que tal vez sólo un evento de ruptura, hasta revolucionario (que no significa necesariamente sangriento), puede poner de nuevo en marcha una sociedad paralizada y enjaulada en estructuras obsoletas. Y es muy

difícil que una ruptura nazca de procedimientos racionales y complejos, como vemos en Italia desde hace años.

La tendencia hacia una relación directa entre vértice y base social no ha desaparecido, sino que, al contrario, parece renovarse con la denominada globalización, que concierne todas las relaciones sociales. No puedo ir al fondo de este problema ni preguntarme seriamente si el fenómeno sea nuevo o antiguo: el Imperio romano, el Sacro romano imperio, la colonización, la Compañía de Indias, la libre circulación de mercancías y capitales que llevó a Marx y a Engels a gritar **"Proletarios de todos los países, uníos"**, todo esto parece sugerir que no estamos frente a un fenómeno nuevo. Lo que sí es nuevo, como ya dije en varias ocasiones, son unos aspectos del fenómeno: en primer lugar, la dimensión universal que el propio fenómeno asumió en nuestro tiempo, así que no hay más **térrea incógnita** por descubrir y someter a la explotación humana; en segundo lugar, la mayor permeabilidad de las fronteras entre estados, que se explica comúnmente (de manera no incorrecta, sino demasiado simplista) como "crisis del Estado"; en tercer lugar, la revolución en el marco de las comunicaciones, que proceden en un santiamén, sin retraso ninguno, y sin mediaciones: el propio periodismo, como destacaba Tony Blair hace unas pocas semanas en su discurso a la Reuter, ha cambiado de cara, pues su primera función, registrar los hechos, interpretarlos y traducirlos en noticias, es desarrollada siempre más por Internet, y al periodista se le deja la tarea de interpretar la noticia ya producida, comentarla, exagerarla, traicionarla y tal vez inventarla para mantener un papel profesional. Todos podemos entender que tales cambios en la esfera social plantean un auténtico desafío a los principios tradicionales del Estado de Derecho.

La restricción de los espacios libres a disposición de los seres humanos (hoy en día no es más posible decir a los jóvenes: "young, go westi") conlleva tanto una explotación siempre más intensiva de los espacios disponibles, con las

consecuencias ecológicas que conocemos y que ninguna propaganda opuesta consigue esconder ahora (gracias sean dadas a Al Core por ofrecernos un testimonio público importante). También conlleva una lucha cada vez más dura por el control de esos mismos espacios, en la cual no sólo se empeñan ejércitos regulares de Estados oficiales y reconocidos, sino también organizaciones políticas transversales, más o menos estables, que interceptan intereses difusos, direccionan migraciones de masas hacia los lugares más ricos y a menudo se apoderan libremente de armas y practican lo que de manera simplista se acostumbra llamar "terrorismo" (como si el sello de una decisión estatal atenuase el carácter "terrorista" de cualquier acción bélica no justificada por autodefensa). Un efecto de todo esto es la cuestión, hoy en día vivísima, del llamado "intercambio entre derechos y seguridad", que supone el sacrificio de principios fundamentales del Estado de Derecho como, tal vez, el propio **habeas corpus** o la libertad de movimiento en función de un mundo más seguro.

La permeabilidad de las fronteras entre estados, además de agudizar estos fenómenos, convierte en Incierto y confuso el panorama jurídico, a partir de su vértice, es decir del sistema de la jerarquía de las fuentes, que es siempre más complejo, con el efecto de que al máximo de normatividad de origen vario corresponde el máximo de lo que en física se llama entropía, es decir, de desorden sistémico y, con ello, un creciente nivel de anomia o extravío normativo.

El renacimiento de los fundamentalismos religiosos, que imponen escoger drásticamente un campo según la lógica schmittiana "amigos/enemigos", se puede explicar aun con la necesidad de más seguridad, de más firme orientación normativa, que los espíritus más sencillos y menos críticos esperan satisfacer pidiendo órdenes de los intérpretes oficiales de un libro sagrado. Esto nos hace echar de menos en este momento otro principio fundamental del Estado de Derecho, la **laicidad** del propio estado y de su derecho, la separación entre la

esfera jurídica y la moral-religiosa, que es un reflejo del derecho originario a la libertad de conciencia y de pensamiento.

La revolución en las comunicaciones, a su vez, ofrece en primer lugar la oportunidad de un control capilar que pone en riesgo el derecho generalísimo, y también originarlo, de protección de la esfera Individual de cada uno. No se trata sólo de **privacy** en sentido estricto, un derecho que no se reconoció hasta a finales del siglo XIX, sino de la posibilidad ofrecida tanto al poder político como a cualquier privado que tenga una buena capacidad informática de penetrar al fondo de la esfera Individual, conociéndola y quizá contaminándola, con aspectos particularmente serlos cuando están comprometidos individuos menores de edad. En segundo lugar, el sistema actual de comunicaciones amplifica aquel fenómeno de mediatización, o de espectacularización, de la lucha política, que acabo de mencionar y que inspiró muchos estudios politológicos en las últimas tres décadas. La lucha política a través de los medios de comunicación masiva produce epifenómenos y apariencias en vez de hechos y decisiones reales, tal vez hasta leyes aparentes en vez de leyes reales. Es por los medios de comunicación de masa que se difunde aquella idea de "norma" que Michel Foucault no le hacía corresponder al Derecho, sino que, por lo contrario, le oponía a él, como instrumento típico de control social de nuestro tiempo. Por tanto es de los **media** que sale el desafío más insinuante para el Estado de Derecho: y una vez más nos encontramos con una paradoja, pues los media, fruto de la libertad de pensamiento, de expresión y de información, cuando representan una realidad construida de manera tan artificial que se convierte en ficticia, provocan falsa conciencia (no es casualidad el uso del término marxiano) y por tanto vulneran el principio mismo que los hizo nacer y desarrollar.

¿Resistirá el Estado de Derecho, la **Rule of Law**, a estos desafíos? Para quienes quieren y conocen la historia (y por esto tienen miedo de su repetición) no

es una cuestión retórica o peregrina. La idea que tenemos de esta regla de Derecho no es la platónica (y decimos afortunadamente pensando en **The Open Society and Its Enemies** de Karl Popper), sino aquella que tiene sólo tres o cuatro siglos, que como ya dije, Intentó coordinar el universalismo de los derechos "Innatos" con el monopolio de creación del Derecho por parte del Estado laico y soberano. Se podría dudar de que esta idea haya ya agotado su recorrido. Muchos - y no sólo los fascistas del principio del siglo XX - lo dijeron Infinitas veces, aunque no tenían razón.

Creo que podemos asumir conclusiones menos pesimistas bajo la condición de poner en discusión el propio concepto a partir de sus raíces y examinar cuidadosamente su desarrollo en los últimos siglos. Si actuamos de esta manera, descubrimos que la primera raíz, **la exclusión de poder arbitrario**, a pesar de que sea problemática, responde a una desviación tan frecuente en la historia humana que sería imposible declararla caduca. Ya Antígona, e infinitas personas después de ella, han reclamado por siglos que el soberano, aunque declare inspirarse en la ley de su país, tiene que someterse a una ley superior. Dejemos de lado si esta ley está inscrita en la naturaleza siendo fundamento de la convivencia entre pueblos, si deriva de Dios, o si emana más bien de una asamblea constituyente o resulta de lo negociado en acuerdos Internacionales. También descubrimos que en los últimos siglos, a pesar de las tentativas continuas de las **élites** políticas y económicas de suprimirlo y ahogarlo, el movimiento de los derechos fundamentales se ha dilatado siempre más, lo que parece dar razón a Benedetto Croce - el "filósofo de la libertad" como lo llamó mi maestro Renato Treves en su libro de 1944 - quien proclamaba la fuerza histórica de la idea de la libertad. Es verdad que la dilatación sin límites de los derechos, junto con la especificación de las posiciones subjetivas que reclaman una protección "fundamental", lleva consigo siempre más frecuentes ocasiones de conflicto social. Éste es un problema para solucionar, no la prueba de la inviabilidad de un Derecho fundado en derechos fundamentales Inviolables.

Por supuesto, no debemos retroceder frente a los problemas, sino debemos enfrentarnos a ellos y resolverlos, teniendo en cuenta las diferentes condiciones históricas y por tanto, como dijo Martin Krygier en su ponencia florentina antes mencionada, **"we must relocate the rule of law"**, sin ilusión de que podamos abordar el problema en el siglo XXI como si estuviéramos en el XIX. ¿Cómo hacer esto? La ruta siempre me parece la de la democracia a los varios niveles de la vida social. Y la democracia de hoy en día supone unos elementos tradicionales y otros quizá nuevos, pero de toda manera urgentes.

Una primera condición tradicional es naturalmente la de la libertad individual, de la cual nace la **libertad política**, entendida como posibilidad concreta de organizarse para elegir, y por tanto también revocar, a los miembros de cada gobierno. Me parece Imposible dudar de lo que ya muchos años atrás decía Giovanni Sartori en su **Democrazia e definizioni** (1957), es decir que la democracia, o es "liberal" (en el sentido amplio de la palabra, que no coincide con un extremo **laissez-faire** en economía), o no es democracia. La libertad individual y política fue precisamente la base teórica y práctica de aquella "revolución copernicana" que invirtió la relación entre gobierno y pueblo, haciendo nacer de abajo y no de arriba la legitimación del poder.

Una segunda condición, aun tradicional, y seriamente en riesgo en unos países, inclusive el mío, es la **laicidad** que no es otra cosa que un reflejo de la libertad. Con "laicidad" no se quiere decir que hay que renegar la relación entre mundo y supramundo, entre ser humano y Dios, sino muy simplemente que cualquier poder "político", inclusive el que procede de las iglesias cuando jueguen un papel en la vida civil, es decir intervengan en relaciones sociales, siendo ellas organizaciones humanas y dirigidas por seres humanos, está sometido a un juicio aun humano que lo justifica y que también procede de abajo hacia arriba. Tampoco el Papa, o cada patriarca, ayatollah o rabino-jefe, es Dios, aunque sea o se

presente como intérprete de la palabra de Dios. Si hubieran interpretaciones auténticas de la palabra divina, nunca habrían existido cismas o distintas opiniones dentro de cada religión, inclusive la católica romana. Para un gobierno laico y en el Estado de Derecho no existe el concepto de herejía: mejor dicho, hay un derecho subjetivo fundamental de practicar y difundir herejías, de manera no violenta y entre los límites amplios de la libertad civil.

Una tercera condición tradicional, siempre esencial, es la garantía del máximo nivel posible de **división de poderes** y de **checks and balances**, pues la concentración de poderes produce arbitrariedad, sobre todo con respecto a la independencia del poder judicial. Es verdad que una perfecta división nunca será posible, pero ello no justifica ir hacia la máxima concentración, como predicán voces distintas, inclusive unas que se autoclaman "liberales": y hago referencia a la batalla de varios sectores de la política de mi país contra la independencia de la magistratura.

Una cuarta condición tradicional, aun esencial, es naturalmente la del **respeto de los derechos fundamentales** clasificados y positivizados por los acuerdos Internacionales. La importancia de este punto es obvia también desde una perspectiva - diría - dialógica. Los derechos fundamentales constituyen hoy en día uno de los pocos argumentos sobre los cuales coinciden, por lo menos en principio y en apariencia, decimos al nivel de la retórica (hablamos precisamente de "argumentos"), las opiniones mayoritarias de frentes políticos opuestos. Pensamos por un lado en la obra de Boaventura de Sousa Santos, teórico y militante de la izquierda, miembro activo del movimiento **no-global**, cuya visión del "nuevo sentido común jurídico" adopta los derechos humanos como categoría - podríamos decir - de clausura, condición primaria de un nuevo orden jurídico internacional (**Toward a New common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**, 1995). Por otro lado, pensamos en la obra de Niklas Luhmann, quien identificaba en

los **Crundrechte** la garantía que el sistema político no corra el riesgo de diferenciarse, con regreso a una confusión entre sistemas y funciones correspondientes (**Crundrechte als institution**, 1965). Luhmann era un liberal más conservador que progresista. Sobre todas estas condiciones hay que insistir con firmeza.

Aquí, sin embargo, se sitúa el discurso sobre las condiciones cuya realización depende de nuestra capacidad de mirar hacia el porvenir, más que hacia el pasado. Precisamente la dilatación de la esfera de los derechos humanos, entendidos como universales, ha puesto de manifiesto un problema muy delicado, que muchas veces en los últimos años intenté llevar a la atención de la ciencia social: es decir, la falta de instituciones políticas y sobre todo jurisdiccionales del mismo nivel universalista que puedan arbitrar entre derechos en conflicto y que sean percibidos como legítimos. En el transcurso de los siglos hemos construido una forma, aunque imperfecta y siempre en peligro, de democracia nacional, pero todavía no hemos construido una forma aceptable de **democracia internacional**. La crisis del sistema bipolar, ya mencionado, ha revelado esta falta de manera despiadada y hasta hoy no se han encontrado soluciones convincentes. Hay quienes sueñan un sistema de relaciones transnacionales esencialmente privado, espontáneamente regulado por las llamadas leyes del mercado, olvidando que un mercado sin reglas y control político se convierte en una concentración de riquezas en pocas manos. No es una paradoja decir que el mercado libre es el que necesita reglas como garantía de su libertad. Hay también quienes tienen confianza ciega y total en el país más fuerte de todos y en su gobierno, como si éste no atendiera ante todo a sus propios intereses, como cualquier gobierno. La tercera ruta, la del refuerzo de las organizaciones internacionales, doscientos años después la **Paz Perpetua** de Kant y ochenta después la **Teoría Pura del Derecho** de Kelsen, quien vela en ellas el pleno desarrollo del derecho Internacional, sigue estando en una fase embrionaria, o mejor dicho una fase de constante peligro. El efecto es que muchos problemas particularmente serios no encuentran solución ni en la legislación o en la jurisdicción

de los estados, que carecen de legitimación y de capacidad de abordar problemas más grandes que ellos, ni en el ámbito de la comunidad Internacional, cuyas Instituciones son sectoriales, débiles, contingentes y también a menudo deslegitimadas por los propios estados: es suficiente recordar que los Estados Unidos no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal de la Haya para los crímenes de guerra. No me detendré sobre estos problemas: el medio ambiente, la explotación privada de bienes comunes, la protección de minorías (y minorías de minorías, hasta de Individuos al interior de minorías y de mayorías: hay el derecho de las mujeres islámicas tanto de llevar el velo, como de no llevarlo, pese la obligación de una familia), la condición femenina, la explotación del trabajo de menores (ella sí protegida y garantizada por las fronteras estatales), la criminalidad internacional (del lavado de dinero hasta la pedofilia) y por último, sino por cierto no menos Importante, las comunicaciones.

Quizá más que cualquier otra cosa, se precisa **democratizar las comunicaciones**, lo que supone ante todos hacerlas accesibles. Hay derecho de todos tanto a Informarse, lo que supone acceder a una muchedumbre de fuentes diferentes y plurales, como a hablar e informar. Se imagina que la difusión casi capilar de Internet puede contrabalancear la concentración de los media más influyentes, especialmente la televisión. Quizá eso ya ocurre. En Italia, una ley de reforma constitucional que, simulando establecer una especie de sistema federal, le otorgaba enormes poderes al primer ministro, aunque fuera apoyada por una mayoría que controlaba casi la totalidad de las redes de TV, y a pesar de que la propia oposición política no la hubiese seriamente cuestionada (en la espera, tal vez, de aprovecharse de sus ventajas tras ganar las elecciones), fue duramente rechazada por una gran mayoría en el referéndum confirmativo. Quien sabe cuáles fueron los factores que determinaron el voto que se produjeron al margen de los medios de masa tradicionales: por cierto, más privados que públicos. Acaso tenga razón Tony Blair, tal vez las noticias circulen Independientemente de los media tradicionales y tal vez la gente piense con su cabeza más que de lo que creen las

élites políticas. Sin embargo, me atrevo a decir que el problema de la democracia en las comunicaciones sigue siendo grave y urgente en muchos países, empezando por el mío.

Para concluir sintéticamente. Creo que las bases para mantener con vida la **Rule of Law**, como la heredamos, perfeccionamos y desarrollamos a lo largo de cuatro siglos, existen en la mayoría de los países. Sobre todo creo que, en un mundo con fronteras geográficas y políticas siempre menos estables y más permeables, con relaciones más y más frecuentes que se entrecruzan por arriba de aquellas fronteras, sea necesario y urgente pensar en términos de "Estado de Derecho liberal, democrático y social" tanto al nivel macro-regional - como el de la Unión Europea, del NAFTA o del Mercosur - como al nivel global, lo que supone brindar mayor fuerza a la ONU e introducir instrumentos de control efectivo de instituciones internacionales como el FMI y el Banco Mundial: no para destruirlos, sino para reconducirlos, diríamos, a desarrollar su papel - precisamente - Institucional.

Como la **Paz Perpetua** de Kant, esta propuesta podrá parecer una utopía. Es verdad. No es una utopía en el sentido "fuerte" de Thomas More, sino en sentido "débil" de Ideal que debe ser perseguido aunque sea imposible alcanzarlo perfectamente. Pues la perfección no es de nuestro mundo, sino que la vía opuesta, la de la supina aceptación del **fait accompli**, lleva al sacrificio de las conquistas obtenidas y a la falta de libertad. Es éste precisamente **The Road to Serfdom**, para mencionar el título de un famoso libro de Friedrich von Hayek, olvidando el contenido conservador de su pensamiento que declara ser liberal.