

LIBROS DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Derecho Político actual Temas y problemas Volumen 2



2012



*Franco CATALANI
Alejandro MEDICI
Helga LELL
Rodrigo TORROBA*

[2012] LIBROS DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Derecho Político Actual Temas y problemas

VOLUMEN 2

Carlos PESCADER
Franco CATALANI
Alejandro MEDICI

Colaboradores:
Helga LELL
Rodrigo TORROBA

Fecha de catalogación:

LIBRO DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Derecho Político actual. Temas y Problemas. Volumen 2

Carlos Pescader - Franco Catalani - Alejandro Medici

Colaboradores: Helga Lell - Rodrigo Torroba

Diciembre de 2012, Santa Rosa, La Pampa

Diseño y Diagramación: División Diseño-UNLPam

Impreso en Argentina

ISBN 978-950-863-

Cumplido con lo que marca la ley 11.723

EdUNLPam - Año 2012

Cnel. Gil 353 PB - CP L6300DUG

SANTA ROSA - La Pampa - Argentina

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Rector: Sergio Aldo BAUDINO

Vice-rector: Hugo Alfredo ALFONSO

EdUNLPam

Presidente: Jorge CERVellini

Director de Editorial: Rodolfo RODRÍGUEZ

Consejo Editor de EdUNLPam

María Silvia DI LISCIA - Jorge Osmar BONINO - Estela TORROBA -

Ana María RODRÍGUEZ - Alicia KIN - Edith ALVARELLOS DE LELL

- Marisa ELIZALDE - María Cristina MARTÍN - Mónica BOERIS -

Griselda CISTAC

Capítulo I

| | |
|--|----|
| Conceptos Básicos de Teoría del Estado..... | 9 |
| 1. Síntesis..... | 11 |
| 2. Las concepciones tradicionales..... | 13 |
| 2.1 Puntos de partida..... | 13 |
| 2.2 Ejes de las concepciones tradicionales. Mecanicismo, organicismo y teoría de los elementos del Estado o socioinstitucional. | 15 |
| 3. Generalidades de la estatalidad | 22 |
| 3.1 El Estado moderno como acontecer socio-histórico..... | 22 |
| 3.2 El Estado como hecho social..... | 24 |
| 3.3 El Estado como hecho histórico..... | 25 |
| 4. El Estado en su singularidad..... | 37 |
| 4.1 La forma de dominación burocrática | 37 |
| 4.2 El Parlamento | 39 |
| 4.3 Los dogmas en el Estado moderno..... | 42 |
| 5. Ejercicios | 47 |
| 6. Bibliografía | 48 |

Capítulo II

| | |
|---|----|
| El Estado de derecho constitucional, democrático y social como concepto histórico | 51 |
| 1. La relación entre Estado y derecho. Sentido formal y sentido sustancial..... | 53 |

| | |
|---|----|
| 1.1 La articulación estructural moderna entre Estado y derecho. | 53 |
| 1.2 Estado de derecho en sentido formal y en sentido material..... | 54 |
| 2. Historia de las instituciones | 57 |
| 3. Historia conceptual..... | 66 |
| 4. El Estado social de derecho..... | 70 |
| 5. Constitucionalismo y teoría constitucional..... | 76 |
| 5.1 Conceptos de constitución y vicisitudes del constitucionalismo liberal..... | 78 |
| 6. Ejercicios | 89 |
| 7. Bibliografía | 90 |

Capítulo III

| | |
|---|-----|
| Neocontractualismo | 93 |
| 1. Rawls y la justicia como imparcialidad | 95 |
| 1.1 Introducción..... | 95 |
| 1.2 La estructura básica | 95 |
| 1.3 La posición original..... | 97 |
| 1.4 Consenso entrecruzado..... | 99 |
| 1.5 Los principios de justicia..... | 100 |
| 1.6 Regla maximin..... | 104 |
| 2. El debate sobre el rol del Estado | 107 |
| 2.1 El liberalismo conservador de Robert Nozick | 109 |
| 3. Ejercicios | 115 |
| 4. Bibliografía | 119 |

Capítulo IV

| | |
|--|-----|
| Algunas teorías contemporáneas sobre el Estado de derecho: Crítica jurídica, Neoconstitucionalismo y Garantismo | 121 |
| 1. Introducción | 123 |
| 2. Crítica jurídica. Distintas corrientes | 123 |
| 2.1 Los contextos de origen, la conmensurabilidad y la circulación temática de las corrientes críticas ... | 123 |

| | |
|---|-----|
| 2.2 Algunas notas comunes a las tendencias jurídicas críticas o alternativas..... | 130 |
| 3. Neoconstitucionalismo..... | 134 |
| 3.1 Introducción..... | 134 |
| 3.2 Principales aspectos del neoconstitucionalismo | 137 |
| 4. Garantismo jurídico | 145 |
| 4.1 Introducción..... | 145 |
| 4.2 Biografía intelectual: búsqueda de un paradigma jurídico crítico que al mismo tiempo conserve la pretensión de cientificidad..... | 147 |
| 4.3 El punto de vista externo: el garantismo como teoría “heteropoyetica” del Estado y del Derecho | 153 |
| 4.4 La teoría de los derechos fundamentales y de la democracia en el garantismo | 155 |
| 4.5 Derechos contra poderes sociales salvajes | 157 |
| 4.6 Democracia sustancial y democracia formal..... | 159 |
| 4.7 La legitimación democrática sustancial de los jueces y la interpretación de la ley | 160 |
| 4.8 El garantismo como teoría crítica y proyectiva del derecho. Sus implicancias políticas. | 161 |
| 4.9 La crisis del Estado de derecho y el diagnóstico garantista..... | 162 |
| 5. Conclusiones: neoconstitucionalismo, garantismo y Estado de derecho | 162 |
| 6. Ejercicios | 169 |
| 7. Bibliografía | 171 |

Capítulo V

| | |
|--|-----|
| Los feminismos y su relación crítica con la teoría general del derecho..... | 173 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 1. La propuesta de abordaje | 175 |
| 2. Primera distinción conceptual | 176 |
| 3. El feminismo o los feminismos..... | 178 |
| 4. Tipos de feminismos | 182 |
| 5. El feminismo y críticas al derecho | 185 |

| | |
|---|-----|
| 6. Propuesta feminista entre las normas y la aplicación del derecho..... | 195 |
| 7. Ejercicios | 197 |
| 8. Bibliografía | 198 |

Capítulo 

CONCEPTOS BÁSICOS DE TEORÍA DEL ESTADO



1. Síntesis

En este capítulo se adopta como premisa metodológica básica que toda formulación teórica, para su comprensión, debe ser analizada en su contexto sociohistórico de producción. Bajo este supuesto se exponen las principales teorías políticas sobre el Estado –mecanicismo, organicismo, teoría socioinstitucional de Jellinek- y la propia.

Por lo general, las teorías tradicionales sobre el Estado han negado explícita o implícitamente su carácter social e histórico, bien declarando su presencia a lo largo de toda la historia humana, bien atribuyéndole un sentido que atravesaría toda la historia, o que viniera dado desde fuera de la historia (desde la naturaleza o desde el “reino de los cielos”). La socialidad e historicidad del Estado, excluyen cualquier referencia o identificación del mismo con o contra la naturaleza: si es sobrenatural (de origen o consentimiento divino); o si es antinatural (si se conforma por oposición a un Estado previo de naturaleza); o si es el resultado definitivo de una evolución natural previa, etc.

Aquí se entiende al Estado atravesado por tres ejes analíticos: su socialidad, su historicidad y su singularidad.

El Estado es una entidad social. Es causa y efecto de multiplicidad de relaciones entre personas, vinculadas por distintos tipos de dominación social, parcialmente influibles por la voluntad de las mismas que por ello son, de algún modo, responsables por él.

El Estado es una entidad histórica. Es un hecho contingente (no necesario) y temporal. Se puede ubicar con bastante precisión el momento de su aparición histórica y de sus transformaciones, y asumir también la certeza de su futura desaparición. No ha existido en la antigüedad ni en el medioevo. Sus primeros

genes se pueden observar en las ciudades renacentistas del norte de Italia, su primer emplazamiento histórico transitorio en el Estado absoluto francés del siglo XVII, y su primer ejemplo consumado en el Estado liberal inglés del siglo XVIII -o Estado de Derecho o Parlamentario-. Durante los siglos XIX y XX se han desarrollado Estados autoritarios, totalitarios, de bienestar, Estados socialistas y plurinacionales, que se pueden considerar como casos de Estado moderno.

El Estado es una entidad singular. Las características propias que lo definen son: predomina la forma de dominación burocrática sobre la tradicional y la carismática; el órgano que concentra la máxima jerarquía en la adopción de decisiones válidas para toda la población (leyes) se denomina parlamento, y es una colegiatura de mandato libre que representa, por regla general, los intereses de la clase dominante (burguesía); los dogmas que han inspirado las formaciones de los Estados modernos son básicamente tres, la creencia en la obligatoriedad de las normas estatuidas (no en las dictadas por un líder carismático ni en las establecidas por tradición o costumbre), la creencia en la existencia de derechos naturales del hombre, y la creencia en la existencia de un sujeto colectivo, la “nación”.

En la formación del Estado moderno ha jugado un rol central el concepto de soberanía, que se ha configurado como un territorio simbólico en disputa entre los distintos sectores socioculturales en pugna por el dominio del poder político. Dicha contienda se manifestó particularmente potente en el momento mismo de la eclosión del Estado, cuando estaba en juego el surgimiento y la consolidación de su estructura política, en tensión con los residuos de las formaciones medievales todavía vigentes: estamentos, iglesia e imperio.

Conceptualmente la soberanía se puede definir como la creencia sobre la residencia originaria del poder legítimo de una sociedad, o también como el derecho subjetivo –o facultad– a hacer el derecho objetivo –o ley–. El objeto de esa creencia (el lugar donde residiría la soberanía) depende de quien la formule y de la extracción social a la cual pertenezca, motivo por el cual ha variado constantemente a lo largo de la historia: dios, sus mensajeros, las personas investidas por los mensajeros, los linajes familiares, el más poderoso, el individuo, el grupo de individuos –el pueblo–, la nación, el propio Estado, la clase proletaria.

Toda discusión sobre qué sea y dónde esté la soberanía es un hecho político fundamental. La soberanía, en consecuencia, no es un carácter distintivo del Estado moderno. En todo caso, lo propio de él han sido los agentes donde la ha hecho residir: el individuo, la clase social, el pueblo, la nación y el territorio.

2. Las concepciones tradicionales

2.1 Puntos de partida

Dentro de la teoría política contemporánea, existen distintas corrientes de pensamiento que intentan encontrar la índole propia de la realidad estatal por referencia a otras instancias como valores, ideas, relaciones jurídicas, relaciones sociales o hechos naturales. ¿Qué es el Estado? ¿un medio para el logro de determinados valores? ¿qué valores?; ¿un fenómeno jurídico? ¿cuál? ¿personal, real, formal?; ¿una idea o unidad espiritual?; ¿un hecho? ¿qué hecho? ¿social, natural, histórico?, de ser un hecho social ¿sería una institución, una organización, una relación de dominación?; de ser un hecho natural ¿sería un organismo o un mecanismo?, ¿o bien la referencia al hecho natural es un recurso explicativo, sin que llegue a identificarse al Estado con un organismo?: funciona “como tal”, pero “no es tal”. Como se ve, hay para todos los gustos y las discusiones son y han sido interminables.

Al tipo de concepción tradicional pertenecen muchas de las teorías organicistas, mecanicistas, idealistas, iusnaturalistas y positivistas del Estado que, por lo general cuentan con otras dos características además de la pretendida “objetividad” del sujeto y abstracción del objeto. Por un lado, solicitan para sí el reconocimiento de validez universal, o al menos preponderante, lo que suele denominarse también “validez objetiva”, es decir que su valor de verdad no dependería de los sujetos que la formulan ni de los que puedan interpretarla, sino que vale por sí misma y ante todos (*urbi et orbi*, dirían los canonistas). Por otro lado, declaran también que su explicación del objeto de estudio (el Estado en este caso) es completa (abarca todos sus aspectos relevantes) y suficiente (no tiene “baches”, no tiene contradicciones o fisuras), lo que viene a ser, en realidad, uno de los factores de

la pretendida “validez objetiva”. Como se ve, la modestia no es precisamente una de sus virtudes, aunque la prudencia suele declamarse como tal.

La pregunta metodológica que debemos hacernos es cómo orientarnos en esta discusión para no perdernos en su laberinto, o bien, con qué criterio debemos analizar las distintas voces que escuchamos. Otra vez, criterios del tipo que buscamos puede haber muchos y de nuevo nos amenaza la pérdida en el laberinto.

Pues bien, nuestra propuesta metodológica es justamente la inversa a la tradicional: sujeto y objeto de estudio están inmersos en una realidad compleja y conflictiva, definida por sus caracteres históricos, culturales, sociales y geográficos, y para comprender lo que estudiamos –y aún juzgarlo- debemos tenerla en cuenta¹. Por otro lado, aquello que podamos decir sobre nuestro objeto de estudio, no tiene pretensión de verdad objetiva ni universal, tampoco suficiente y totalmente coherente. Nos contentamos con elaborar argumentos sólidos, discutibles, capaces de interpelar a nuestro eventual interlocutor y forzarlo a contrargumentar, también de manera solvente.

Dicho en otros términos, asumimos que una formulación científica del tipo que sea, está impregnada de los conflictos (de valores, de poder) propios del contexto sociohistórico en la que se formula, y toma partido en ellos. La nuestra también. Diciendo esto vamos a contrapelo de las concepciones científicas tradicionales de la modernidad, que partían del supuesto generalizado de que el objeto de estudio se puede “recortar” de la realidad concreta, y el sujeto que estudia puede –y debe- ser “objetivo”, en el sentido de abstraerse también de la realidad que lo embarga.

Por las mismas razones nos parece estéril hacer una lista de acepciones de Estado y luego clasificarlas según algún criterio determinado. Tal cosa embargaría el propósito de abarcar una totalidad exhaustiva, y dado que sería imposible de lograr como no fuera en una obra enciclopédica, esos intentos terminan por quedar en una sumatoria de ideas recortadas y pegadas que difícilmente cobran un sentido, y por lo mismo resultan casi imposibles de asimilar, como no sea memorísticamente.

1 Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp.): El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, 2007.

En el apartado que sigue hacemos referencia simplemente a tres ejes conceptuales interpretativos del Estado por el hecho de que suelen estar presentes en la mayoría de las obras sobre la materia.

2.2 Ejes de las concepciones tradicionales. Mecanicismo, organicismo y teoría de los elementos del Estado o socioinstitucional.

Mecanicismo y organicismo han sido dos de las concepciones que han inspirado buena parte de la doctrina política sobre el tema, particularmente en la primera etapa de la modernidad centroeuropea, es decir entre los siglos XVII y XIX. Ambas son formas de explicar los hechos sociales por referencia a otras áreas o fenómenos de la realidad.

La clave de interpretación mecanicista es el movimiento de los cuerpos en el espacio, con lo cual se puede ver fácilmente su dependencia de la ciencia física. Una de sus formulaciones más célebres se debe a Thomas Hobbes en su *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*². En el título de la obra se aprecian los paradigmas gnoseológicos de los que tributa Hobbes. Por un lado, la forma religiosa de ver el mundo, propia del medioevo ya materialmente desintegrado, pero aún espiritualmente capaz de infundir significado a las cosas. En efecto Leviatán es un monstruo bíblico dotado de un poder descomunal. Pero por otro lado, en “la materia, forma y poder” se deja ver la nueva perspectiva, el racionalismo, el empirismo y su primera criatura moderna, la física. Hay que recordar que Hobbes (1588-1679) fue contemporáneo de Francis Bacon (1561-1626), considerado el fundador del método científico -junto con Descartes-, y de Isaac Newton (1642-1727), tenido por el padre de la física moderna. Todos ellos surgidos en un momento particular de la cultura y la historia inglesa donde, a grandes rasgos, se pueden señalar al menos cuatro ejes: las guerras de religión y la consolidación del protestantismo calvinista en Inglaterra; el desarrollo y afianzamiento del Estado absoluto; el alumbramiento de la ciencia moderna con su carácter metódico, racional y empírico; y el mercantilismo. En ese

² Hobbes, T. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México. F.C.E., [1651] 1980.

contexto, Hobbes se empeña en legitimar, dar fundamento y credibilidad, al poder absoluto del monarca, y para ello utiliza las herramientas doctrinarias de su época, la religión protestante, la ciencia física y la lógica mercantilista. En consecuencia el Estado es para él una herramienta, un instrumento, un mecanismo³ surgido de un pacto irrevocable, un conjunto de piezas que combinan movimientos de manera autónoma, cuyo fin es asegurar la convivencia pacífica entre los hombres, y en cuya cúspide reside el monarca civil, al cual el poder religioso está sometido.

El organicismo es un paradigma posterior, que se desarrolló entre los siglos XVIII y XIX también en Europa occidental y coincide con la etapa de la expansión imperial planetaria de las potencias centrales europeas. Era la hora de la explosión del “sistema inglés” como se llamó por entonces al industrialismo. En territorio británico se desarrolló la tecnología y la industria, y tenían allí su sede las compañías de negocios. El resto del mundo pasó a cumplir dos roles accesorios a la factoría, de entrada y de salida podríamos decir, la provisión de materias primas para su elaboración y el punto de destino para sus mercancías. Este rol periférico (en el doble sentido de la palabra, “periférico a la factoría” y “periférico de Inglaterra en el mundo geográfico”) se pudo cumplir gracias a una invención jurídica, las compañías de acciones (cuyo emblema fue la Compañía Británica de las Indias Orientales⁴) y a la construcción de una formidable flota planetaria, surgida a su vez, de las propias factorías, con su revolucionario método de trabajar (capitalismo) y de aprovechar las fuerzas de la naturaleza (tecnología).

Este contexto sociohistórico sirve para comprender cómo fue que los sujetos del imperio concibieron su encuentro con pueblos y entornos naturales completamente distintos a los propios. Es la época del surgimiento de los naturalistas y

3 “...¿por qué no podríamos decir que los *autómatas* (artefactos que se mueven a sí mismos por medio de resortes y ruedas como lo hace un reloj) tienen una vida artificial? ¿qué es en realidad el *corazón* sino un *resorte*; y los nervios qué son sino diversas *fibras*; y las *articulaciones* sino varias ruedas que dan movimiento al cuerpo entero tal como el Artífice se lo propuso?”. Hobbes, T. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México. F.C.E., [1651] 1980. Pág. 3.

4 Hoy en día la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth), es el resultado del desmantelamiento del imperio británico del siglo XIX que agrupaba aquella “periferia” del mundo. Aquí se ven también las diferencias entre el imperialismo angloholandés de la modernidad madura, y el previo imperialismo lusohispano de la modernidad naciente.

antropólogos, en particular de Charles Darwin (1809-1882) y su célebre publicación de 1859, *El origen de las especies por medio de la selección natural, o la preservación de las razas preferidas en la lucha por la vida*, tal el título original de la obra. Darwin explica, desde una perspectiva evolucionista, que las plantas y animales que vemos, no siempre han existido tal cual los encontramos, sino que son sólo una fotografía en una larga película aún sin concluir, en la que los protagonistas (organismos) cambian a medida que el film se desarrolla; los organismos no son estáticos, evolucionan. La clave evolutiva está en su adaptación al entorno natural por medio de la lucha con las demás especies, a lo que llamó “selección natural”.

El organicismo pasó a ser entonces una clave de interpretación también de los fenómenos sociales, y vino como anillo al dedo para justificar el sometimiento imperial de los pueblos periféricos del planeta, engullidos en el nuevo sistema político e industrial del momento (siglo XIX)⁵. En una de sus vertientes, el organicismo supone que la sociedad no es otra cosa que un ente natural muy evolucionado, donde cada uno de sus componentes cumple una función determinada, realiza un trabajo para lograr la sobrevivencia del conjunto. En esta formulación subyacen algunas ideas fuerza que le dan su marca de identidad. Por un lado, la idea de que existe un orden en el que cada una de las partes desempeña un rol subordinado a la finalidad del conjunto. Por otro, que ese orden no es ni personal (fruto de la voluntad de un individuo o un grupo) ni divino, sino que está dado por la naturaleza, con lo cual se puede predicar de él que es sabio y bueno a la vez.

El Estado también fue concebido dentro de ese paradigma. Una vertiente diferenciada sostiene que, los organismos naturales son tomados como esquema de entendimiento de los fenómenos sociales, sin que se llegue a identificar a la sociedad con ellos. Aunque se diferencia parcialmente del anterior, a la larga las consecuencias teóricas son las mismas. Probablemente el más célebre de los pensadores que introdujeron el paradigma natural dentro de las ciencias del hombre, la sociedad y la psicología, fue Herbert Spencer⁶ (1820-1903). No obstante, es necesario acla-

5 Hobsbawm, E. *La era del capital. 1848-1875*. Bs. As. Crítica, [1975] 1998. *La era del imperio. 1875-1914*. Bs. As. Crítica. [1987] 2004.

6 Los principios de la psicología (1855); El estudio de la sociología (1873); Los principios de la ética (1879)

rar que en el campo político sostenía la primacía del individuo frente al Estado, reafirmando así los principios del liberalismo.

Existen teorías que afirman que es posible encontrar versiones organicistas y mecanicistas en pensadores de la antigüedad y el medioevo. No somos partidarios de esta opinión, básicamente por las razones metodológicas que dimos al comienzo. No obstante, es así y resulta provechoso trazar comparaciones, similitudes y diferencias con concepciones de otras épocas históricas. Así, podríamos decir que en *Política*⁷ de Aristóteles, por ejemplo, hay numerosas remisiones al orden natural como ejemplo de lo que es bueno para el hombre y la sociedad; o bien que la doctrina del orden inmutable, donde cada uno cumple una función subordinada al conjunto, es la que vertebra toda la construcción platónica⁸. Pero algo distinto es afirmar que las corrientes teóricas organicista y mecanicista estaban presentes ya en aquellos tiempos.

No hay nada más prestigioso para una doctrina política que afirmar que es hija o nieta de la patrística griega y acomodarse, de algún modo, entre las páginas de Platón y de Aristóteles. Del mismo modo los antiguos monarcas remontaban su genealogía hacia el pasado hasta llegar a algún dios, como método para reclamar legitimidad para sus privilegios estamentales.

Tanto las versiones mecanicistas como organicistas de la sociedad y sus instituciones políticas, propias de la modernidad, nos parecen criticables desde varios puntos de vista. En primer término porque se enmarcan en la concepción científica que describimos al comienzo, que podemos llamar concepción tradicional de la ciencia. Pero también porque se trata de versiones que sirven como respaldo legitimador de la institución política estatal que en cada momento se desarrolló en Europa occidental, lo hayan tenido o no como propósito los autores que las formularon. El mecanicismo –entre otras corrientes de pensamiento, como la doctrina del derecho divino de los reyes– sirvió para legitimar la consolidación de la primera experiencia moderna de la estatalidad: el absolutismo. El organicismo vino a fungir como respaldo teórico de una etapa posterior, su expansión imperial.

7 Aristóteles: *Política*. Madrid. CEPC. 2005.

8 Platón: *Diálogos*. México. Porrúa, 1996.

Así, por ejemplo, pensar que una formación política no es otra cosa que un mecanismo o un organismo en cualquiera de sus versiones, oculta un factor que para nuestra concepción es central, y es el hecho de que el Estado -como toda institución social- es una creación humana, relativa al contexto sociohistórico de cada momento en que es estudiado, y como tal es contingente, es variable y es el resultado de múltiples y permanentes elecciones humanas. En el caso del organicismo, su factor evolucionista (que puede ser de utilidad para el estudio de los fenómenos naturales) aplicado a los fenómenos sociohistóricos, constituye un patrón de valoración social por medio del cual las civilizaciones distintas de la europea moderna central, quedan en un plano subordinado a ésta. O bien son estadios previos e imperfectos, cuyo único sentido ha sido eslabonar una cadena que “conduce hacia” la versión definitiva y más evolucionada; o bien son sociedades detenidas o desintegradas que han perdido la batalla por la supervivencia. En este sentido se ha operado una selección, según se puede inducir de esta versión, que no ha sido cumplida por ninguna persona o grupo de personas en particular, sino que ha sido “natural”: el patrón de valoración social está dado por los hechos naturales, no lo ha decidido nadie. Así como la especie humana se habría impuesto sobre las demás en su lucha por la vida, dentro de ésta lo habría hecho la raza blanca, anglosajona, aria, etc.

Como se ve, de este modo se oculta el hecho, decidido y emprendido por grupos humanos determinados, de que la civilización occidental moderna se ha impuesto sobre las demás al costo de la destrucción sistemática de múltiples colectividades, entornos naturales y culturales, y que continúa hasta el día de hoy.

Por las mismas razones (desligar los hechos sociales de las decisiones humanas) estas corrientes de pensamiento terminan por subordinar la personalidad, intereses, deseos y planes de vida de los individuos, al interés, la existencia y la finalidad del grupo en el que se insertan. De este modo, otra vez, se oculta el hecho de que las finalidades o intereses que pueda tener un grupo, está determinada por sus miembros. Esta cuestión central en los asuntos humanos, a saber, de qué modo se relacionan entre sí los individuos y constituyen unidades grupales que cambian a través del tiempo, es el objeto de estudio de la sociología.

Otra corriente conceptual referida en los estudios sobre el tema, es la de los elementos del Estado, por lo común relacionada con la obra de un jurista alemán del siglo XIX, George Jellinek (1859-1911). La corriente alemana de pensamiento político y social registra un importante desarrollo en esta época, precisamente en el transcurso de los siglos XIX a XX. Tal circunstancia probablemente se deba, entre otras causas, al particular momento histórico por el que pasaba esa nación en esa franja de tiempo. Alemania atravesaba por entonces uno de los momentos decisivos en su largo proceso por la unificación nacional, que se verifica desde la disolución del medieval Sacro Imperio Romano Germánico (1806) hasta, podríamos decir, octubre de 1989 con la caída del muro de Berlín y la posterior reunificación de las dos alemanias a consecuencia del fin de la guerra fría. En el período intermedio que corre de 1871 a 1918 se produce una unidad transitoria, luego de la derrota del Segundo Imperio francés en la guerra francoprusiana, y la creación del Imperio Alemán. Se trata de la primera experiencia de la modernidad en la que Alemania logra su unificación bajo la hegemonía del Reino de Prusia

En este contexto en que Alemania luchaba a la vez contra la disolución promovida desde el exterior e interior, y por su unificación y consolidación como Estado nacional moderno, es que salen a la luz reconocidos pensadores de todas las ciencias bajo el influjo del modelo humboldtiano de universidad. Justo en el medio de ese proceso, año 1903, Jellinek publica sus estudios políticos bajo el título de *Teoría General del Estado*⁹, en la que la preocupación fundamental está puesta en elaborar fundamentos que dieran sustento a la tan deseada unificación y supervivencia de Alemania. Este cometido se deja ver a lo largo de toda la obra, por ejemplo cuando se expresa sobre la “naturaleza” del Estado

“Este orden [de los fenómenos] ha de alcanzarse por reducción a unidades, cada una de las cuales tiene que descansar en un principio de unificación; y este principio que nos ha de dar la unificación de las relaciones de voluntad es el que se nos presenta como Estado...[la] unidad teleológica es también una unidad esencial del Estado. Una pluralidad de hombres aparecen unidos ante la conciencia cuando lo están por fines constantes y coherentes entre sí”¹⁰

9 Jellinek, G. *Teoría General del Estado*. México. FCE. [1903] 2000.

10 Jellinek, G. *op. cit.* pág. 130 y 131.

Más adelante Jellinek afirma que la justificación del Estado pasa por los fines que le comprenden, y en ellos está

“...hacer de la afirmación de su propia existencia [del Estado], de la seguridad y el desenvolvimiento de su poder, establecer el derecho y ampararlo, y favorecer a la cultura, problemas que sólo a él corresponden”¹¹

Para este autor el Estado sería al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica. Según su premisa básica, partiendo del individuo es imposible fundar un derecho político, motivo por el cual, a diferencia de la teoría anglosajona, no es individualista sino institucionalista podríamos decir. Premisa que lo conducirá a afirmar que el depositario de la soberanía no puede ser ni la persona individualmente considerada ni la nación, sino que es necesariamente el Estado, concebido entonces como sujeto de derecho público.

Se destaca, en toda su exposición, la afirmación de que el Estado es una unidad, tanto jurídica como social cuyo fin revierte sobre sí misma, es decir, el fin del Estado es mantener esa unidad social y jurídica que él es. Como se ve, su obra se enmarca en el momento socio-cultural de su época, que no era otro que una suma de esfuerzos por promover la unidad alemana.

Sin embargo, esta teoría como otras por el estilo, suponen (o proponen) una unidad del fenómeno que ni se observa empíricamente ni ayuda conceptualmente a su comprensión.

Veamos otro ejemplo:

La formación consciente de una unidad crea...una conexión de conciencia y, absolutamente sin excepciones, una conexión de acción. Lo primero se logra haciendo que, por lo menos, un órgano y una ordenación infundan a la inmensa mayoría de los miembros el contenido común de conciencia; y lo segundo haciendo que el órgano asegure la unidad de la acción de una manera eficaz contra aquellos actos, siempre relativamente reducidos en número, que, consciente o inconscientemente, operan en sentido perturbador¹².

...todos esos actos presentan un enlace y ordenación especiales, mediante los que se ordena su pluralidad en la unidad

11 Jellinek, G. *op. cit.* pág. 196.

12 Heller, H.: *Teoría del Estado*. Buenos Aires. FCE, [1934] 1942. Pág. 108.

característica del todo activo que es el Estado. Si esta estructura tiene una cierta permanencia, la Teoría del Estado habrá encontrado ya su objeto; pero como dicha estructura o forma del Estado se halla constantemente inmersa en el río de la historia y sometida a un cambio incesante, aunque, de ordinario, apenas perceptible, no puede ser concebida como una forma cerrada¹³.

Una observación empírica de cierto rigor nos revelará de inmediato que no existe semejante unidad en los hechos, en las acciones o en las conciencias de quienes “actúan” diariamente *al* Estado. Más bien lo contrario. Semejante organización está plagada de irracionalidades, conflictos, lagunas y contradicciones permanentes tanto imprevistas como planificadas. De este último caso son ejemplos las diferencias de criterio de los distintos funcionarios judiciales: conflictos de jurisdicción y competencia; impugnaciones; lagunas del derecho etc. No es posible pasar por alto esta realidad si se desea elaborar una teoría del Estado de cierta solvencia científica.

Hermann Heller (1891-1933), autor alemán de las citas precedentes, fue hombre político del partido socialdemócrata alemán, y produjo gran parte de su obra cuando Alemania reconstruía su tejido social después de la PMG en una experiencia política singular que se conoce como República de Weimar¹⁴.

3. Generalidades de la estatalidad

3.1 El Estado moderno como acontecer socio-histórico

Debemos tener en cuenta también el contexto sociohistórico desde el cual emitimos nuestra concepción del Estado moderno. Nuestra cultura y sociedad se encuentran entretrejidas por la realidad sudamericana de principios del siglo XXI. Entre muchos factores que la podrían caracterizar sólo mencionaré algunos de ellos, puesto que los demás se analizan con mayor detalle en otros capítulos de esta misma obra.

13 Heller, H.: *Teoría del Estado*. Buenos Aires. FCE, [1934] 1942. Pág. 67.

14 Se trata de la experiencia socio política alemana que transcurrió entre el fin de la PGM y el ascenso del nazismo (1919-1933). Es un período de turbulencias internas dominado por el partido socialdemócrata, de inspiración socialista pero que había renunciado a ciertos postulados marxistas, como la toma del poder por medio de una revolución violenta y la dictadura del proletariado.

Nuestra sociedad ha emergido a partir una sucesión de colonialismos, el del agonizante imperio español de los siglos XVI y XVII, el inglés de los siglos XVIII y XIX, y el norteamericano del siglo XX. Habitamos una línea de falla, en la periferia de una cosmovisión y una acción que se resuelven en centros de poder hegemónicos -europeos y norteamericano- y se ejecutan en estas geografías, a despecho de los contextos sociales, culturales y naturales que lo han constituido y lo constituyen. Pensar y expresar en medio de este entramado, implica hacerlo desde un lugar de frontera, el “pensamiento fronterizo”, como lo denomina Walter Mignolo¹⁵. En esa lógica de la modernidad/colonialidad, los pueblos de Sudamérica se han visto arrasados en sus culturas y su naturaleza desde hace cinco siglos, como parte del proceso histórico que las deglutió para incorporarlas a su propia dinámica de entender y transformar el mundo, que podríamos llamar “cosmovisión eurocentrista” (o, como lo hicimos antes, “modernidad/colonialidad”). Ese alud colonial se caracteriza entre otros ejes, por la adopción del método científico, como modo de construcción de lo que se entiende por verdadero; por la empresa de capitales, como medio de explotar la riqueza natural y el trabajo humano; y por el Estado nación y sus distintas variantes, como formación política propia, o su manera de regular del poder. Si bien los tres se han derramado sobre el mundo sudamericano, lo han hecho con mayor o menor suerte, con mayor o menor resistencia o receptividad, con mayor o menor asimilación o transformación, y con una u otra manera cambiar a lo largo del tiempo. Ello implica, por decir lo mínimo, que no es posible hacer una lectura ni uniforme ni acabada de semejante realidad.

Por nuestra parte, si nos preguntamos por el Estado preferimos partir del supuesto de que se trata de un fenómeno complejo, lo encontramos atravesado por ejes históricos, sociales y culturales. Aunque lo parezca, no se trata de una obviedad, hemos visto que hubo momentos en que se creyó que el Estado era un contenido de la voluntad divina, una entidad análoga a un

15 “El pensamiento fronterizo surge de la diferencia imperial/colonial del poder en la formación de las subjetividades. De ahí que el pensamiento fronterizo no sea connatural a un sujeto que habita la casa del imperio, pero sí lo sea en la formación de sujetos que habitan la casa de la herida colonial.” Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp.): *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, 2007. Pág. 35.

organismo natural o a un mecanismo fisicoquímico, remitiendo así su discusión a otras áreas de interés (teología, biología o física). Todavía hoy se encuentran corrientes de pensamiento, como las teorías de los sistemas, en las que se han encontrado ciertas continuidades con el organicismo o el mecanicismo.

3.2 El Estado como hecho social

Los eventos sociales son relacionales, en parte se imponen a las personas y en parte son creados por ellas. Involucran mediata o inmediatamente a una pluralidad de sujetos, reales o imaginados, “recíprocamente referidos”¹⁶. Ese vínculo o lazo que constituye la pluralidad puede embargar múltiples motivaciones, pero la gran mayoría de ellas se puede encuadrar en la clasificación de Max Weber de los tres tipos ideales de relaciones sociales. El factor de enlace del vínculo está dado por el sentido que la persona le atribuye, y puede ser de tres tipos: racional (selección de los medios adecuados para los fines o valores propuestos); afectiva (simple sentimiento de atracción empática con otra u otras personas, ejemplo: trabajo sin retribución alguna por el exclusivo motivo de que me lo pide X persona, por la que siento una atracción particular –carisma-) o tradicional (apego a una costumbre, hago tal cosa porque siempre se hizo así)¹⁷.

En segundo lugar, los hechos sociales son parcialmente dominables a voluntad del ser humano social. Este es un punto clave como premisa epistemológica y sigue siendo hoy en día un problema abierto de la sociología. Ocurre que la sociedad no es lo que un organismo para un médico, o una máquina para un mecánico, o una nave para un piloto, aunque muchos teóricos creyeron que lo era o la asimilaron a ellos. ¿Por qué no lo es?, entre otras cosas, porque tiene la capacidad de cambiarse -parcialmente- a sí misma por sí misma¹⁸. Dicho de otra manera, puede ser sujeto y objeto de su propia acción, rompedero de cabezas si los hay, para los estudiosos de las ciencias del hombre. Hasta el día de hoy se sigue discutiendo en sociología el autonomismo y el automatismo de la sociedad, y el rol que el

16 Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005. Pág. 21.

17 Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005. Pág. 20.

18 Lamo de Espinosa, E. *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto de conocimiento sociológico*. Madrid. Centro de investigaciones sociológicas, 1990.

ser humano individual juega entre esos extremos. Ya que la cuestión no ha sido resuelta y no tenemos premura por resolverla, conviene que nos quedemos con esa idea: parece que los hechos sociales guardan cierto automatismo y cierto autonomismo con relación a las personas.

Para sintetizar el eje social del complejo que estudiamos, podemos decir que el Estado, como hecho social no es natural (como creía Aristóteles por ejemplo), sobrenatural (como creían quienes sostenían el derecho divino de los reyes), antinatural (como creía Rousseau), o postnatural (como creen los liberales, aludiendo al “Estado de naturaleza” que precedería al contrato que funda al Estado). Todas concepciones que excluyen al Estado del acontecer histórico y de la responsabilidad humana, como si no fuera su producto sino que hubiera existido desde siempre y para siempre. La naturaleza no constituye, en ningún sentido, un modelo de interpretación o identificación de lo social, y mucho menos de sus instituciones.

En cambio, entendemos al Estado como un conjunto de relaciones entre personas, en el que intervienen múltiples sentidos (afectivos, valorativos, racionales, tradicionales), que es influido por...e influye a: las personas comprometidas en él, que es plural, multiforme y poroso, y no unitario, uniforme o hermético (unidad de acción, como lo expresa Heller 1942; unidad institucional –Jellinek 2000-; unidad normativa –Kelsen 1993-; unidad racional-comunicativa -Habermas 2005-) como se ha supuesto tradicionalmente.

3.3 El Estado como hecho histórico

Con ello queremos decir que el Estado es el producto específico de una determinada época de la historia humana –la modernidad-, y que no es posible remontar su existencia hasta el inicio de los tiempos, como es práctica muy común. Se suele utilizar un sentido amplio del vocablo “Estado”, para describir el “Estado antiguo”, el “Estado medieval”, las “ciudades Estado”, los “Estados precolombinos”, los “Estados del lejano oriente”, denotando de tal modo que aquello que sea la estatalidad siempre ha estado presente en las formaciones políticas de toda la historia humana y su geografía o, cuando menos, de toda la historia occidental, con lo que se soslaya el problema

de su extinción en tanto formación política (no de este o ese Estado particular). Tal ejercicio implica despojar al fenómeno de su temporalidad (con un principio determinable con bastante precisión y con un final inevitable), de su contingencialidad (así como existe pudo no haber existido nunca) y de su singularidad (tiene sus notas específicas, diferentes de las formaciones políticas antiguas, medievales, orientales, americanas, etc.). Implica además colocarlo por encima o por fuera de la historia (“siempre existió”, como si hubiera transmigrado las distintas etapas históricas), al mismo tiempo que atribuirle a la historia un sentido arbitrario, el de constituir un camino evolutivo para culminar en el Estado moderno. Como se puede deducir, esta visión es profundamente eurocentrista, es decir, hace girar la totalidad de la historia, la cultura y la geografía, en derredor de un pequeño segmento de ellas, el momento histórico presente, la modernidad europea occidental, en cuyo seno se gestó el Estado. Este vicio etnocentrista se conjuga fácilmente con la actitud epistemológica objetivista. Así como el Estado está fuera de la historia, el científico está fuera de la realidad; así como aquel tiene una existencia universal, la “verdad” de éste tendría un valor universal. Por nuestra parte preferimos una posición circunstanciada, relativista y realista.

En consecuencia podemos decir que la formación política moderna, el Estado, conoció sus primeros genes en las ciudades autónomas, principados y repúblicas, del norte de Italia en los primeros siglos de la edad moderna (XV y XVI), donde sus actores políticos buscaban cierta estabilidad en medio de las disputas de las potencias europeas (el Sacro Imperio Romano Germánico y la Iglesia Católica), a la vez que consolidaban su poder económico en base al comercio marítimo de sus corporaciones. El fundamento del poder de la comunidad comienza entonces a desligarse de las fuentes legitimatorias típicas del medioevo, el linaje aristocrático y la delegación divina, que eran precisamente las fuentes que abonaban los poderes de los que aquellas ciudades deseaban tomar distancia. Es un momento de transición donde los hilos que tejen la sociedad medieval (el apego al fundo rural, la pequeña aldea, el cristianismo, la aristocracia de linajes, la práctica militar) van dando paso a nuevos patrones culturales (la ciudad, el humanismo, el protestantismo, las corporaciones y el comercio).

En ese contexto empieza a cobrar cuerpo un nuevo actor social, que estaría llamado a ser el gran protagonista de la modernidad, la burguesía. Su creciente riqueza le permitió negociar su autonomía con los grandes feudos, típicos depositarios del poder durante la edad media, a tal punto que fueron logrando licencias o fueros que les facilitaron, por ejemplo, romper con el derecho señorial de reclamar a los siervos que se asentaban en las ciudades¹⁹. En la medida en que ese derecho se fue imponiendo como regla, con él se fue desmantelando en las ciudades el sistema de sociedad estamental del medioevo²⁰. De este modo, quien perdía su ligamen a su anterior estamento, adquiría uno nuevo con relación a la ciudad, pero con la diferencia fundamental de que lo hacía como individuo y no como miembro de un clan, familia o hermandad. Su vínculo jurídico era ahora personal. Al mismo tiempo se fue formando una población urbana basada en la igualdad (entendida en el sentido de “ausencia de privilegios”) y en el derecho de elección de los funcionarios ya que, por las razones apuntadas, se había ido resquebrajando el linaje aristocrático como fuente legitimatoria para el ejercicio del poder.

No obstante se fue formando una capa de notables que eran los escogidos para desempeñar las, en principio, pocas necesidades administrativas de la ciudad. Estos notables eran elegidos no solo por su eminente posición social debida a la riqueza (no al linaje, propio del señorío feudal), sino también por su pericia para la administración comercial que era, después de todo, la fuente de su fortuna. Poco a poco, los administradores de las agencias y corporaciones comerciales, pasaron a ser al mismo tiempo administradores de la ciudad; y si en las primeras se ganaban su renta, en las segundas pasaron a cobrar un sueldo pagado de los impuestos de la comuna. Este concepto, de que quien

19 En una aguda observación, dice Weber: “La ciudad fue por todas partes, en gran medida, un asentamiento en común de gentes *extrañas* a la localidad. El príncipe guerrero chino, el mesopotámico, el egipcio y hasta en ocasiones el helenístico, funda la ciudad y la ‘desfunda’, y no solo asienta en ella al que libremente se ofrece sino que, si hace falta y le es posible, la puebla con material humano robado.” Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005. Pág. 963.

20 El sistema estamental, por otro lado, también asume algunas ideas que luego adoptaría el organicismo -y que estaban presentes en el platonismo-, a saber, la idea del orden inmutable, de la subordinación de las partes al todo, y de que es un orden bueno. En este caso, la legitimidad del orden está atribuida a la voluntad divina y no a la naturaleza ni a la verdad de las ideas, como lo quiso Platón.

administraba lo público administraba algo que no era suyo sino de todos, y que mientras lo hacía descuidaba en alguna medida su propia hacienda, fue favoreciendo las ideas de la diferenciación del dominio público y del privado -antes indiferenciado en el patrimonio de la familia real- y de la responsabilidad por los actos de gobierno y de la periodicidad de los cargos -antes vitalicios, concentrados e incuestionables en la persona del monarca-. Al mismo tiempo, quienes sostenían lo público mediante el pago de impuestos, comenzaron a reclamar cierta participación en el control de su ejercicio, en una suerte de fiscalización del gobierno. Con ello se fue formando un cuerpo colegiado con atribuciones que no eran meramente concejileras, como sucedía en las cortes reales, y que de algún modo se asimilaba a las asambleas de accionistas de las corporaciones comerciales. El objeto de este tipo de asociaciones comunales fue, como era de esperar, proteger y desarrollar las condiciones comerciales de la ciudad y favorecer la prosperidad de sus comerciantes. Y así como se forjó una autoridad y una administración civil pagada por la ciudad, algo parecido fue sucediendo con relación a la defensa. Se contrataban compañías de mercenarios, los famosos *condottieri*, verdaderos emprendedores comerciales cuya mercancía era el combate y que se vendían al mejor pagador, sin los escrúpulos tradicionales y honoríficos propios de la beligerancia medieval.

Las ciudades del norte de Italia en el transcurso del medioevo a la modernidad, se fueron formando por una combinación de conjuras y estatutos. En las primeras (*conjuratio*) un conjunto de comerciantes se daba a sí mismo un compromiso recíproco de protección y defensa con el fin de explotar las ventajas económicas de la ciudad, en contra de la legislación oficial del reino al que pertenecía el territorio, en una suerte de apropiación de poderes antes reservados al señorío (probablemente un precedente de las posteriores “constituciones”). En las segundas (estatuto²¹) el grupo de burgueses celebraba un pacto con el reino en cuestión por el que se le reconocían determinadas autonomías a cambio de un pago en dinero (verosímil precedente de las declaraciones de derechos). Así también se fue construyendo un derecho especial de la ciudad y del ciudadano, a distancia tanto del derecho aristocrático de la nobleza como del derecho

21 *Statuto* en italiano es un participio pasivo que significa establecido, de donde probablemente derive el sentido de *Stato*, Estado.

canónico de la iglesia cristiana, forjado sobre la base del redescubrimiento del derecho romano, que concedía a la propiedad privada el carácter de absoluta e incondicional, e infundido de la racionalidad propia de la administración contable. El principio de la particularidad y personalidad del derecho (cada cual es considerado con una “vara” distinta por pertenecer a un estamento) da paso así al principio de la generalidad e impersonalidad (el derecho se formula para todos, y todos son igualmente considerados frente a la ley).

Podemos entonces deslindar los genes del Estado moderno en la igualdad ciudadana, por oposición a la desigualdad de los estamentos medievales; el fundamento racional e individual del lazo político y jurídico, por oposición al fundamento parental de la aristocracia y religioso de la iglesia cristiana; la burguesía comercial como su actor político y civil fundamental, por oposición a la nobleza propietaria del fundo rural y a la clase sacerdotal administradora del culto; el espacio geocultural de la ciudad –frecuentemente portuaria, marítima o fluvial-, por oposición a la villa medieval –siempre mediterránea-, con su castillo –o monasterio- y su *campiña*; el comercio como actividad principal, por oposición al culto, el cultivo y la guerra; la colegiatura como órgano de gobierno, por oposición a la monarquía; la propiedad impersonal de los instrumentos de administración civil y militar, al igual que la retribución de la persona pública, por oposición al dominio y sostenimiento personal de ellos propios de la nobleza.

Algunos de estos factores que se hallaban en gestación en las repúblicas y principados posmedievales del norte de Italia, se combinaron con otros todavía vigentes del medioevo, para encontrar una primera expresión concreta del Estado moderno en el absolutismo de los siglos XVII y XVIII, cuyo emblema lo constituye en Francia el reinado de Luis XIV (1638-1715).

Al comenzar el siglo XVII, Francia se hallaba rodeada por el imperio español de los Habsburgos a la vez que desgarrada internamente por los conflictos religiosos. Esta circunstancia la llevó a iniciar hacia el exterior una beligerancia de desgaste contra un enemigo muy superior en recursos de todo tipo, al mismo tiempo que se empeñaba en una política interna de sometimiento de las reivindicaciones protestantes, en un proceso de consolidación y unificación política hacia adentro y hacia fuera de sus

fronteras. Este conflicto se conoce como la guerra de los treinta años, que culminó con la Paz de Westfalia (1648) y la Paz de los Pirineos (1659), tratados ambos que fundaron la conformación política europea de la modernidad. Una de las causas principales que permitió a Francia sostener exitosamente estos conflictos a lo largo de cien años, fue la revolución que produjo en la forma de hacer la guerra, de administrar los recursos del Estado y de dar legitimidad al ejercicio de su poder.

En el medioevo la práctica militar estuvo cerrada al estamento noble, ligada al honor de camaradería, a la legitimidad parental, a la propiedad y sostenimiento de cada guerrero de sus propios medios de guerra, y a la preparación ocasional para cada caso en que se entablara un conflicto. El Estado absoluto cumplió un rol fundamental en la transformación de esos factores. El ejército dejó de ser una ocupación personal del noble para pasar a ser una responsabilidad del Estado, que contrataba a sueldo a sus combatientes, pero no de modo ocasional como los *condottieri*, sino de manera estable y sosteniendo por sí mismo el material de guerra. En adelante, la milicia sería empleada del Estado y los pertrechos de su propiedad. La razón obvia de este cambio consistió en que, si se deseaba aumentar el número de tropas, no convenía alistar en ella a los campesinos, ya que resultaba imposible adiestrarlos y equiparlos, y al mismo tiempo mantenerlos fieles al poder que los oprimía. El ejército entonces se transformó, se multiplicó en cantidad²², se hizo permanente y pasó a solventarse mediante la recaudación impositiva, en lugar de hacerlo con el producido del señorío feudal propio del medioevo. Esta transformación requirió mayores fuentes de ingreso y produjo como consecuencia, por un lado, la centralización de la administración impositiva y, por otro, la unificación territorial y poblacional del reino, antes divididos en señoríos y estamentos. Paralelamente, los nuevos requerimientos administrativos transformaron la propia gestión. Al cobrar mayor dimensión y complejidad se debieron adaptar las viejas formas medievales de administración civil. Eran los clérigos y los comerciantes del medioevo los encargados de prestar sus servicios eruditos al feudo, ya que eran los únicos que dominaban la contabilidad y la escritura, pero su ocupación principal estaba

22 El ejército del imperio español del siglo XVI contaba con 60.000 hombres, mientras que el francés de fines del siglo XVII llegó a quintuplicar esa suma.

en el comercio o el culto y su retribución la obtenían bien de la ganancia por compraventa, bien del patrimonio eclesial.

Debido a que ni la escritura ni la contabilidad por sí mismas constituían su actividad principal ni vivían de ellas, se ocupaban de esto para el señor feudal sólo cuando era necesario, y en muchos casos a modo de intercambio de favores. Se convirtió en un ejército centralizado, unificado, permanente, profesional y asalariado (el hombre alistado que se ocupaba exclusivamente de servir en la administración y de ninguna otra cosa) cuando muchos de esos hombres pasaron a formar parte de la administración, y el Estado pasó a contratarlos a su costo. Estas personas que no eran propietarios de los instrumentos que utilizaban (que eran del Estado), que no cumplían ese trabajo en su domicilio sino en oficinas especialmente dispuestas para ello, y que pasaron a vivir del sueldo pagado por el Estado, crearon la forma de administración civil que más tarde se llamó burocracia.

Paralelamente a esta mutación interior de la formación política (en el servicio civil y militar), se produjo un cambio en la sociedad civil, que de ser socialmente desigualitaria en base a privilegios y fueros, pasó gradualmente a unificarse bajo la igualdad ciudadana frente a la ley –no así en cuanto a las condiciones sociales de vida- en derredor de la clase burguesa (llamada tercer Estado, durante la revolución francesa); de la fragmentación territorial en señoríos, se unificó en el territorio estatal; y de estar dividida en derechos de paso y de ingreso (tarifas) a ciudades y feudos de hombres y mercancías, se unificó económicamente en un mercado y una frontera aduanera.

Algunos comerciantes dejaron de trabajar para sí mismos y pasaron a prestar servicios a sueldo para el Estado absoluto, transformando la administración tributaria en base a sus usos y prácticas contables de la corporación por acciones. En sus servicios de escritura, los clérigos cumplieron un rol decisivo en la elaboración de un derecho nuevo acorde a las circunstancias, tanto recogiendo, estudiando y redactando las leyes necesarias, como teorizando a favor de la legitimidad originaria del rey (y no del papa ni del emperador) para el ejercicio de su poder centralizado.

El Estado absoluto francés es la primera experiencia de la modernidad donde las prácticas administrativas, contables y de legitimación del poder del monarca, son implantadas desde

su primer sitio de gestación, las ciudades autónomas del norte de Italia de los siglos XV y XVI. El rol de traslación, desde las pequeñas ciudades hacia un gran reino medieval, la cumplieron fundamentalmente comerciantes y clérigos. Entre ellos se destacan el Cardenal Richelieu, nombrado secretario de Estado de Francia en 1616 y primer ministro en 1624, quien cumplió un rol decisivo en el sometimiento de los protestantes hugonotes y en la unificación territorial del país a través de la destrucción de las fortificaciones nobles del interior; su sucesor, también cardenal, Mazzarino, sobresalió en las condiciones que se pactó la Paz de Westfalia (1648).

También se verificó un cambio en la legitimidad del poder. En el medioevo el ejercicio terrenal de la autoridad venía a legitimarse por el supuesto consentimiento divino otorgado al gobernante por el papa. En cambio, en el Estado absoluto, la argumentación legitimatoria estuvo enfocada a apuntalar la creencia de que el monarca recibía su derecho al poder sin intermediarios, directamente del dios cristiano. Con ello las nacientes monarquías absolutas se distanciaban tanto del emperador (ungidos por el papa para gobernar) como del papado (en comunicación directa con la divinidad). De allí la idea de “soberanía” elaborada especialmente con ese propósito, que significa “el que está más arriba”, es decir por encima del monarca absoluto no hay otra fuente de poder legítimo (como lo habían sido el emperador o el papa). Pero al mismo tiempo implica que, por debajo, tampoco hay poder alguno que se le pueda resistir, en presumible alusión a los señoríos feudales, las reivindicaciones protestantes, los fueros especiales y los derechos estamentales. Es verdad, sin embargo, que reconocer la fuente legítima de poder en dios es todavía un factor cultural propio del medioevo, como lo es también suscribir la monarquía hereditaria como modelo ejemplar de institución política.

La novedad concreta del Estado Absoluto fue la eliminación del papado y el sacroimperio como intercesores del poder legítimo, así como la exclusión de focos de legitimidad al interior de la propia sociedad. Téngase claro, a esta altura, que los tratadistas libraban la misma batalla que las milicias pero con otras armas, en el campo de las ideas y las palabras, no por ello menos importante. En esta tarea cumplió un rol central el religioso Jean Bodin (1530-1596), autor de *Los seis libros de*

la República, en cuyo libro I desarrolla el capítulo titulado “La soberanía del príncipe sólo es responsable ante Dios”. Bossuet (1627-1704), quizá más que Bodin, también clérigo cristiano se destacó por ser uno de los mayores impulsores de la doctrina del “derecho divino de los reyes”, con el fin legitimar el poder de la monarquía absoluta francesa de Luis XIV.

Con todo, y para sintetizar, reiteremos que la experiencia del absolutismo europeo fue una etapa de transición donde se solapan viejos factores del medioevo, con los nuevos de la modernidad.

En tal sentido podemos traer a colación las expresiones de Anderson:

“...el Estado absoluto fue esencialmente eso: un *aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal*, destinado a mantener a las masas campesinas en su posición social tradicional... nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada”²³

“La aparente paradoja del absolutismo en Occidente fue que representaba fundamentalmente un aparato para la protección de la propiedad y los privilegios aristocráticos, pero que, al mismo tiempo, los medios por los que se realizaba esta protección podían asegurar *simultáneamente* los intereses básicos de las nacientes clases mercantil y manufacturera”²⁴

Si el Estado absolutista fue un Estado de transición, el Estado liberal inglés del siglo XVIII constituye el caso consumado de Estado moderno. Están presentes y pujantes en él aquellos factores gEstados en las ciudades italianas del norte e implementados en el absolutismo francés (la burocratización del ejército y la administración), pero la obra se completa y se desarrolla con nuevos cambios que pasan básicamente por los dogmas sobre los fundamentos del poder legítimo y por las prácticas económicas.

Aunque sigue siendo el dios cristiano la última fuente del poder, su delegación ya no viene dada a su ministro supremo (el papa), al emperador, a la familia real o al rey, ahora la convicción está puesta en que lo delega en el ciudadano, en lo que

23 Anderson, P. *El Estado absolutista*. Bs. As. Siglo XXI, 1987. Pág. 12

24 Anderson, P. *El Estado absolutista*. Bs. As. Siglo XXI, 1987. Pág. 35.

parece un triunfo del protestantismo, del humanismo y la neoescolástica española. Ahora la soberanía, el máximo derecho al ejercicio del poder terrenal, reside en el individuo, y los individuos son los que, mediante un pacto -que comienza a llamarse contrato- lo entregan a sus administradores. Se desploma así en la legitimidad y en los hechos el poder del linaje, hereditario y divino, después de mil años de regencia, y se erige en su lugar el órgano político emblemático de la formación política moderna, la colegiatura de mandato libre o parlamento.

Son los dogmas del liberalismo político, donde el Estado es creado no por voluntad divina o evolución natural, sino por una necesidad social que es la protección de los bienes y las personas que viven en ella. Es la doctrina del contrato social entre iguales (y no de un pacto unilateral en el que dios, por su gracia, dona algo a los hombres), por el que se comisiona a algunos de ellos para el ejercicio del poder, en el que el objeto de cuyo mandato es la protección de los derechos de los individuos, es decir, de quienes otorgan el mandato y, por lo mismo, son depositarios del derecho originario al ejercicio legítimo del poder.

En el dogma propiamente liberal se deja ver cómo las circunstancias históricas, económicas y sociales en que se había gestado y desarrollado la burguesía, primero en forma embrionaria en las repúblicas y principados italianos, y luego en forma inmadura bajo el cascarón político medieval en el Estado absoluto, se convierten en credo político y filosófico, el liberalismo, y en órgano de gobierno, el parlamento.

Durante el medioevo existieron órganos colegiados consultivos, los concejos, cámaras, cortes -en España-, Estados -en Francia- o *Houses* -en Inglaterra-, aunque su composición, sus funciones y su carácter eran distintos que los que cobraron luego de la transformación moderna. Antes de la revolución inglesa de 1688 y francesa de 1789, estaban compuestos por representantes de la nobleza y el clero, detentaban un carácter más consultivo que decisorio y sólo se reunían esporádicamente para discutir o consentir asuntos de cierta gravedad, como eran típicamente la imposición de tributos, la preparación para la guerra y cuestiones religiosas. Pero en Inglaterra la burguesía y su cultura se habían desarrollado con mayor rapidez que en Francia, quizá por el hecho de no haber sufrido con la misma crudeza la disputa secular con el imperio español, hasta tal punto que

gozaban ya en el siglo XVII de un consejo propio frente al monarca (la cámara de los comunes) al lado del viejo consejo de los “señores” (*lords*).

Al finalizar el siglo XVII una disputa religiosa había dado motivo para que los conservadores (los *tories*, ligados al antiguo poder económico señorial) que lideraban el consejo de los señores, y los liberales (los *whigs*, representantes de la nueva clase burguesa) que predominaban en el de los comunes²⁵, se unieran para promover una intervención militar extranjera -aunque perteneciente a la misma familia real que la que gobernaba Inglaterra, los Estuardo- y deponer al monarca Jacobo II de creencia católica. La conspiración tuvo éxito y ambas cámaras resolvieron entregar el título real a Guillermo III de Orange -protestante-, quien encabezara la fuerza invasora. No obstante, antes de hacerlo, impusieron al nuevo monarca una serie de condiciones redactadas bajo el nombre de *Bill of rights*. Entre esas condiciones, no sólo se estipulaba la inviolabilidad de la persona, de su libertad, de su seguridad y de su propiedad, además se establecía que el parlamento en lo sucesivo cumpliría funciones de modo permanente, y ya no serían consultivas sino decisorias, no pudiendo ejecutarse ningún mandato real, especialmente la imposición tributaria, sin el consentimiento del cuerpo. Nacían así, como anverso y reverso del mismo episodio, la primera declaración de derechos del individuo, credo fundacional del liberalismo, y el parlamento, supremo órgano de gobierno del Estado moderno.

La obra de John Locke *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*²⁶ es tenida por el escrito fundacional de esta doctrina

25 En estas dos palabras inglesas *Lords* y *Commons*, que se podrían interpretar como “los que son distintos del resto (por su linaje o cargo religioso) y los que no lo son”, los señores y los comunes, se deja ver la sociedad estamental del medioevo junto con la igualitaria de la modernidad. En la cámara de los *Lors* predominan tradicionalmente los conservadores y en la de los Comunes los liberales. Pero también es posible ver en la evolución de estas cámaras los profundos cambios que se fueron sucediendo en la modernidad. Los conservadores sufrieron una transformación fundamental con el “Manifiesto de Tamworth” donde el conservadorismo pasó de ser señorial a industrial, al mismo tiempo que la cámara de los *Lors* fue perdiendo facultades hasta quedar transformada en un órgano sin capacidad decisoria. A su vez, la cámara de los comunes fue ganando poder de decisión en el parlamento, pero disputando el dominio del cuerpo con el nuevo partido laborista, fundado en 1900, representante de la clase trabajadora.

26 Locke, J. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Bs. As. Losada, [1689] 2002. Podemos ver en el título de una obra su propósito fundamental, “gobierno civil” puede

política. Se publica en 1689 en Inglaterra, al año siguiente del triunfo definitivo en estas tierras del parlamento sobre la corona, y con él nace la doctrina de los derechos naturales del hombre, considerados tales porque le pertenecen antes de la fundación del Estado a través del contrato, y a su vez son el sentido de su creación y existencia.

Después de siglos de maduración, finalmente la burguesía forjaba y dominaba su propio aparato estatal moderno, el parlamento inglés del siglo XVIII, que en esencia es una institución oligárquica, ya que sus integrantes salen de las filas de una pequeña franja social, y desde allí se lanzará, literalmente, a la conquista del mundo logrando un éxito arrollador. También forjaría su propio credo económico al lado del político que, no por casualidad, se denomina con el mismo vocablo: liberalismo. El paralelo económico de John Locke será Adam Smith, quien publicaría en 1776 *Una investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*²⁷ donde critica las teorías del mercantilismo (propio del Estado absoluto, donde se promueve el enriquecimiento mediante el intercambio comercial por y desde el Estado nacional hacia el exterior) y la fisiocracia (en la que se considera que la fuente de toda riqueza son los recursos naturales), para abogar por la libre empresa (la explotación comercial desde la corporación privada y no desde el Estado), la libre competencia y el libre comercio; y adoptar el trabajo humano (no la naturaleza) como fuente de toda riqueza. Todo ello conduciría –otra vez- a un orden “natural”, que precisamente por ser el resultado espontáneo de una combinación virtuosa de acciones individuales, y no el objetivo voluntario de un conjunto de sujetos, era a la vez justo y satisfactorio.

En la modernidad habrá lugar para nuevas revoluciones que conducirán a sendas transformaciones del Estado. La revolución norteamericana (1776) y la francesa completarán el ciclo de revoluciones burguesas consumando el dominio planetario de su acción y su cosmovisión. A la primera debemos los dispositivos políticos del presidencialismo y el federalismo, concentrando en uno lo que se fragmenta con el otro; a la segunda, la introducción del nacionalismo y la democracia, dos

entenderse como “no religioso” y “no foral, estamental o de privilegio”.

27 Smith, A. *La riqueza de las naciones*. Bs.As. Alianza, 2001

corrientes dogmáticas en apariencia convergentes, pero en el fondo contradictorias.

Con el correr del tiempo, la burguesía entrará en un ciclo de crisis y gestará, con su propia dinámica económica –el capitalismo–, un nuevo actor social destinado a poner en cuestión su mundo y su triunfo, el proletariado. El Estado de bienestar, los totalitarismos, los autoritarismos, los Estados socialistas²⁸ y los plurinacionales de los siglos XX y XXI serán formas muy distintas de resolver aquellas crisis activas en el seno de su dinámica.

4. El Estado en su singularidad

4.1 La forma de dominación burocrática

Según el sociólogo Max Weber²⁹, de los tres tipos básicos de dominación, carismático, tradicional y racional con arreglo a valores o con arreglo a fines, el último es el que predomina en el Estado moderno. Dominación es una acción colectiva, cuyo poder efectivo se puede medir por su permanencia en el tiempo, por los distintos ámbitos a los que puede llegar y por la cantidad de personas que se ven embargadas en ella. Una acción individual se enlaza a otra u otras para constituir una acción colectiva, en la medida en que ambas son anudadas por el sentido que los sujetos le dan. Ese sentido es el que se clasifica como carismático, tradicional o racional. En la forma de dominación racional con arreglo a fines, la acción común del grupo es el resultado de un conjunto de acciones individuales que están dispuestas como medio para un fin, ese fin es una retribución en dinero.

La forma de dominación burocrática no podría funcionar sino bajo la creencia básica de que los estatutos de distinto tipo, son vinculantes. Ello equivale a decir que, como miembro de la administración civil o armada, me siento obligado a cumplir un mandato porque está establecido en una ley o un reglamento, a su vez válidamente sancionado. Si un sujeto invocara su propia

28 Hay autores que consideran que los llamados Estados socialistas, son en realidad “capitalismos de Estado”, como el soviético ruso hasta el advenimiento del estalinismo, el cubano a partir de 1959, el chino a partir de 1949, la república de Weimar, etc. Uno de esos autores es Cornelius Castoriadis (Castoriadis, C. *La Sociedad Burocrática*. Barcelona. Tusquets, 1976).

29 Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005.

personalidad “soy XX” como fundamento de una orden dada a un inferior, éste no se sentiría (o no debería sentirse) obligado a obedecer, del mismo modo si se le dijera “aquí siempre se ha hecho así”. Ahora bien, si se le dijera “lo ordeno porque soy el jefe de esta oficina” y “aquí está la resolución que me autoriza” a dar esa orden, el agente debería sentir la obligación de hacerlo.

El hecho de ser estatutaria la transforma en impersonal. El carácter vinculante de la orden que recibo y que cumpla o transmito, reside en que existe un conjunto de competencias adjudicadas a un nivel dentro de una jerarquía, que está previa y formalmente establecido (estatuto). De modo tal que si hoy recibo el mandato de XX pero mañana lo recibo de YY, en ambos casos debo cumplirlo; y si hoy las competencias del superior implican las facultades 1-5-9 y mañana 2-4-8 (es decir, cambian), igualmente debo cumplir con la orden, siempre que, en un caso y en otro, se encuentre dentro de las facultades asignadas. Desde una constitución democrática o un estatuto autoritario hasta el reglamento más detallado, todos ellas son formas de preestablecer formalmente competencias jerarquizadas.

La formulación estatutaria de facultades en cada nivel de la jerarquía del órgano, tiene por resultado una gran eficiencia en la acción colectiva. No siendo el mando ni la obediencia un carácter personal de los agentes, ambos pueden cambiar sin que se resienta el resultado final de la acción colectiva. Las personas que cumplen la acción colectiva son fungibles, sin que por eso aquella deje de cumplirse.

Al mismo tiempo el carácter estatutario de las facultades de un órgano le confieren una rigidez intermedia que permite su adaptabilidad a las circunstancias, otra vez, sin que se resienta la acción colectiva. No es tan volátil como en la dominación carismática, ni es tan rígido como en la dominación tradicional. El vínculo cambia, pero ni tan azarosa y rápidamente como en la primera, ni tan imperceptible y esporádicamente como la segunda. En las formaciones políticas carismáticas, por ejemplo, el vínculo de obediencia está ligada a la personalidad del que manda (carisma), de modo tal que, depuesta esta persona, sus inferiores dejan de pertenecer a la formación política.

Por otro lado, los medios necesarios para el cumplimiento de la acción colectiva (escritorios, computadoras, edificios, teléfonos, servicios, papeles, armas, tanques, aviones, barcos, etc.)

en ningún caso son propiedad de las personas que las usan, sino que pertenecen al órgano estatal. No hay una propiedad personal de los medios de administración y de guerra, motivo por el cual, del mismo modo que en el caso del párrafo anterior, no importa si hoy los usa fulano y mañana otra persona, en ambos casos el fin con el que se usan esos medios no cambiará porque sean personas diferentes.

Finalmente, las personas que forman parte del aparato burocrático estatal (la administración civil, las fuerzas de seguridad y las fuerzas armadas) hacen de esa actividad su ocupación principal, reciben una retribución económica que les permite vivir de ella y pueden hacer carrera a lo largo de su vida. De tal modo, el cumplimiento de la acción no depende de la fidelidad personal a un jefe ni de formar parte de su corte de mantenidos.

Estas condiciones (el hecho de que las competencias de cada nivel en la jerarquía esté predeterminado estatutariamente; que los medios de administración no sean propiedad de quienes los usan; que las personas que mandan y obedecen puedan cambiar sin que por ello se resienta la acción colectiva; que hagan de ello su actividad principal; que reciban un salario a cambio; que el mismo estatuto pueda cambiar sin afectar el conjunto de la acción) confieren a la dominación burocrática una eficiencia cuantitativa y cualitativa muy superior a cualquiera de las otras.

La estatalidad moderna se caracteriza, principalmente, porque organiza una acción colectiva donde predomina la dominación burocrática, y donde las otras formas de dominación también están presentes³⁰, pero no constituyen la regla ni la creencia básica del sistema. Esta característica está presente en todos los tipos de Estado moderno: absoluto, liberal de derecho o parlamentario, autoritario, totalitario, de bienestar, socialista y plurinacional.

4.2 El Parlamento

Los aparatos de dominación burocrática (civil y armada) desempeñan la función de hacer cumplir decisiones que atañen a un colectivo de personas, como se ha visto es la forma de dominación más eficiente que se conoce, por su adaptabilidad (no

30 El liderazgo político de la democracia representativa es un típico caso de dominación carismática.

es ni frágil ni rígido, como las dominaciones carismática y tradicional), por la fungibilidad de las personas que ocupan los puestos de mando-obediencia, y por el tamaño de su acción colectiva (puede llegar a aplicarse a millones de personas, en territorios gigantescos, como los de un Estado moderno). Pero hacer cumplir decisiones requiere que en algún lugar se tomen, este factor diferencia a los administradores de los funcionarios. Aunque la administración dependa de funcionarios del poder ejecutivo, el sitio donde se toman las decisiones de máxima jerarquía -leyes- en el Estado moderno es, por regla general, un cuerpo colegiado de personas que denominamos parlamento. Esta colegiatura es la depositaria del máximo poder de decisión colectiva de una comunidad de personas. En la forma típica de parlamentarismo, incluso el poder ejecutivo se constituye a partir de una delegación política parlamentaria, de la cual obtiene su legitimidad. En los sistemas presidencialistas el poder ejecutivo detenta una legitimidad autónoma, pero sigue sin ser la máxima autoridad decisoria del Estado y depende de la conformación de las cámaras.

El parlamento conserva el monopolio en la sanción de las normas de máxima jerarquía, como también el de la decisión sobre la atribución de los medios para el cumplimiento de la administración. Sin perjuicio de ello, en los sistemas presidencialistas la iniciativa legislativa es compartida con el poder ejecutivo.

Siendo un cuerpo colegiado, es decir integrado por un número variable de personas en el que rige la igualdad absoluta en cuanto a derechos y deberes en la participación, rige un criterio estrictamente cuantitativo para la adopción de sus decisiones: el principio de la mayoría (simple, absoluta, calificada) o, excepcionalmente, la unanimidad³¹. Ello implica, que las decisiones son el resultado de intercambios, negociaciones, argumentaciones, discusiones y en consecuencia suelen ser lentas, multívocas e imprecisas.

Los cuerpos decisorios colectivos en cuanto tales, no son una exclusividad del Estado moderno. Siempre han estado relacionados con las capas privilegiadas de una sociedad (como los colegios eclesiásticos y nobiliarios del medioevo, el 1° y 2° “Estado” de los días previos a la revolución francesa), motivo

31 El caso típico de colegiatura por unanimidad se aplica a las resoluciones reservadas a los miembros permanentes del consejo de seguridad de la ONU (USA, RU, Francia, Rusia y China).

por el cual constituyen un tipo característico de poder aristocrático, y por lo general han cobrado relevancia en distintos momentos históricos como una vía para contrarrestar tanto un poder monocrático (como se vio con relación a la revolución inglesa de 1688) como democrático. De hecho los Estados liberales modernos fueron cerradamente aristocráticos (reducidos exclusivamente a la influencia de hombres, blancos, cristianos y propietarios) desde su aparición en el siglo XVIII hasta la mitad del siglo XX, en cuanto han representado casi exclusivamente a la clase social minoritaria y privilegiada de la modernidad: la burguesía.

Los miembros colegiados no ejercen su función en nombre propio, sino que son elegidos para ello por delegación de una capa social a la que representan. El mandato que reciben es fiduciario y no imperativo. Es decir, no tienen la obligación de cumplir condiciones estrictamente delimitadas por el comitente ni la de rendir cuentas por ello. En cambio, son comisionados para velar por los intereses de los representados, según su buen criterio y voluntad.

En síntesis, las características distintivas del parlamento moderno serían las siguientes: constituye una colegiatura (grupo de personas en exacta igualdad de poderes en la participación para la toma de decisiones del conjunto) de mandato libre (no imperativo), constituye la máxima autoridad en la adopción de las decisiones que atañen a la colectividad; han representado, por regla general, a la capa privilegiada de la sociedad moderna, es decir, la burguesía; se encuentra asociado con la forma de dominación burocrática.

Cabe a esta altura hacer algunas precisiones. Un parlamento de este tipo ha existido en la mayoría de los Estados nacionales modernos occidentales de los siglos XVIII, XIX y primera mitad del siglo XX. No ha existido, en cambio, en el Estado absoluto –forma política transitoria entre el medioevo y la modernidad- donde todavía cumplía funciones consultivas y no era la máxima autoridad política; ni tampoco en los Estados totalitarios ni autoritarios en los que, en una suerte de reacción arcaísta, las formaciones políticas modernas volvieron a concentrar el poder en autoridades de tipo monocrático y suprimieron la autoridad parlamentaria. Tampoco han existido, con la exacta conformación de caracteres descrita, en los Estados socialistas y

plurinacionales, donde la capa privilegiada de la sociedad moderna, la burguesía, o bien ha sido desplazada o bien se ha visto forzada a compartir el órgano parlamentario con capas sociales emergentes como el proletariado o como comunidades nacionales diversas a la hegemónica (occidental y cristiana).

4.3 Los dogmas en el Estado moderno

Por dogmas entendemos aquellos conjuntos de creencias que han inspirado las distintas conformaciones políticas modernas. Claramente no se trata de creencias en la legitimidad de lazos familiares que se remontan hacia tiempos idealizados fuera de la historia, o en dogmas religiosos. Tenemos en cambio tres complejos de creencias que forman parte del credo básico de los Estados modernos, el de la autoridad burocrática –ya analizado-, el de los derechos naturales del hombre y el de la nacionalidad.

La creencia en los derechos naturales del hombre parte del axioma –como se ha dicho en el párrafo “El Estado como hecho histórico”- de que el hombre es preeminente no sólo a las instituciones –sobre todo a la institución que detenta el monopolio del uso legítimo de la fuerza- sino incluso a la sociedad misma. Por ese motivo, por el hecho de su preeminencia axiológica, por que tiene más valor, se considera al hombre y sus derechos, como existiendo antes de la sociedad, es decir, siendo naturales³²; y como otorgando su sentido a las instituciones, es decir, siendo fundantes (o fundamentales) y no fundados por ellas. Ni la sociedad ni sus instituciones hacen al hombre, sino el hombre a la sociedad y sus instituciones, se cree. Ahora bien, ¿de qué hombre se nutre esta creencia?, no supone cualquier tipo de hombre, sino una persona dotada de ciertas facultades que, una vez creada la sociedad y sus instituciones, se transforman en derechos. Esas facultades son –en su primigenia formulación, la del *bill of rights*- la propiedad material, la libertad y seguridad personales, la libertad de creencias religiosas y de expresión y manifestación públicas. Como se ve, esta primera lista de derechos nació al calor de las disputas religiosas entre católicos y protestantes, económicas entre burgueses y señores feudales, y políticas entre el parlamento y la corona.

32 También se ve aquí, una vez más, con referencia a la “naturaleza” de los derechos el deseo de excluirlos de la sociabilidad e historicidad de todos los asuntos humanos.

Por una paradoja de la historia, esta modalidad de expresar reivindicaciones sectoriales bajo la forma de derechos universales inaugurada por la burguesía moderna, fue la misma herramienta que luego utilizó su antagonista económico –el proletariado– y, más recientemente, sus antagonistas culturales (mujeres, pueblos originarios, ambientalistas, niños, ancianos, y toda suerte de “minorías”) nada menos que para disputarle el dominio del mundo que había conquistado.

Aunque hoy en día se admite que el plexo de derechos fundamentales es uno solo y debe entenderse sin jerarquías ni exclusiones, sino de modo armónico, se suele identificar las primeras formulaciones de derechos (las de las revoluciones burguesas de 1688, 1776 y 1789) con la primera generación, mientras que las que recogen los derechos sociales del proletariado y de las minorías en el contexto de un mudo capitalista, como la segunda y la tercera.

La llamada “democracia representativa” vigente en el mundo occidental desde mediados del siglo XX, no es otra cosa que una torsión del originario modelo burgués parlamentario y aristocrático, con el fin de dar cabida nominal al proletariado sin perder por ello el dominio del aparato estatal. En su dispositivo fundamental, la representación política moderna disocia entre la titularidad y la ejecución de la soberanía, reconociendo nominalmente la primera en todos los ciudadanos (incluso los no propietarios), y reservando la segunda al control efectivo de la burguesía mediante la gestión profesionalizada de la política a través de los partidos de masas.

La nacionalidad es otro grupo de creencias que ha acompañado casi invariablemente a todas las formaciones políticas estatales de la modernidad. Se trata del sentido de pertenencia a una comunidad de personas que, en su forma más extrema alude a un sujeto colectivo (a diferencia del concepto de “pueblo” que es un colectivo de sujetos) que, como tal, actúa y se desarrolla en la historia y al que se le atribuirían facultades tales como identidad, voluntad y valores. Quienes han argumentado a favor de la existencia empírica de la nación, han creído encontrarla en una serie de componentes geográficos relacionados con un territorio que sería la base material del Estado; con factores históricos, según los cuales se supone que la nación tiene una misión “asignada” que cumplir en la historia, un “designio”; con

factores culturales comunes, como la lengua, las tradiciones, las costumbres, las creencias religiosas; y hasta con elementos étnicos y biológicos³³. Como se puede deducir, en las variantes más radicalizadas todo sujeto individual se ve subsumido en el supuesto sujeto colectivo, pues lo que tiene preeminencia, en todo sentido (valor, destino, fines, objetivos) es el segundo sobre el primero.

En rigor,

“...el apasionamiento producido por esta sugestión emotiva [la nación] no tiene en su fundamento un origen económico, sino que se basa en el sentimiento de prestigio que con frecuencia penetra de modo profundo en las masas pequeño burguesas dentro de las organizaciones políticas que han alcanzado una historia rica en poderío.”³⁴

Así, no consentimos, por nuestra parte, la existencia empírica de nación o nacionalidad de ningún tipo. La entendemos, en cambio, como una creencia que ha servido para infundir dicho “apasionamiento” en las clases dominadas por parte de la burguesía dominante de los modernos aparatos estatales de poder. Como se puede deducir lógicamente, el dogma de la nacionalidad se contrapone con la creencia de los derechos fundamentales, ya que en la primera prevalece la subjetividad colectiva sobre la individual, y en la segunda a la inversa. No obstante ello, en la mayoría de las constituciones que implementan formas modernas de estatalidad, conviven ambas creencias en su plexo dogmático.

Estas convicciones son las que han influido de un modo o de otro, en los debates sobre la soberanía. Entendemos la soberanía como la creencia en la existencia, origen y residencia última de la legitimidad para emitir leyes o, dicho más simplemente, el derecho subjetivo a dictar el derecho objetivo. Esta disputa, como hemos referido, es en sí misma un hecho político.

33 “La nación o el espíritu de un pueblo (Volksgeist), esto es, la primera forma moderna de identidad colectiva general, suministra un substrato cultural a la forma estatal jurídicamente constitucionalizada. Esta fusión de las antiguas lealtades en una nueva conciencia nacional, en general artificiosa y dirigida asimismo por las necesidades burocráticas, la describen los historiadores como un proceso a largo plazo. Habermas, J. *La Inclusión del otro*. Bs. As.-Barcelanoa. Paidós, 1999. Pág. 89.

34 Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005. Pág. 678.

Los partidarios de los derechos individuales la han hecho residir en los individuos o, en versiones más evolucionadas, en el pueblo; los partidarios de la nacionalidad, lo han hecho residir en la nación.

Finalmente, podemos decir que, con excepción del Estado absoluto, las otras seis clases de Estado moderno han suscrito expresamente uno, otro o ambos conjuntos de creencias. Claro está que los Estados totalitarios y autoritarios han adoptado el dogma de la nacionalidad con exclusión de la doctrina de los derechos, en ocasiones reemplazando el principio de nacionalidad por otro sujeto colectivo como el Estado (caso típico del fascismo italiano) o la clase proletaria (caso típico del estalinismo ruso).

Con lo dicho hasta aquí nos basta para afirmar que no avanzamos demasiado si decimos que el Estado es la organización del poder político, dotado de soberanía, con relación a un territorio y a una población determinada, como se suele formular desde las concepciones tradicionales, puesto que semejante definición puede ser predicada de toda institución política acaecida en la historia. Todas ellas son, de una manera o de otra, una organización del poder comunitario y se ejercen sobre un territorio y una población. Se nos escapa aquí la historicidad y la sociabilidad del Estado, que hemos desarrollado en los puntos anteriores. Por lo demás, la discusión doctrinaria sobre qué sea la soberanía (la fuente originaria y suprema de poder político), a quién le pertenece (a dios, a sus ministros, a la familia real, al individuo, a la nación, a la clase) y en quién se delega, es por sí misma un hecho político relativo a las circunstancias de cada momento.

Podemos identificar siete formas de estatalidad moderna, algunas de las cuales se desarrollan en otros capítulos de esta obra: el Estado absoluto, el Estado liberal de derecho o parlamentario, los Estados de bienestar, los Estados socialistas, los Estados totalitarios, los Estados autoritarios y los Estados plurinacionales.

Si a todos los consideramos Estados, debemos poder encontrar en ellos elementos que sean comunes. No basta entonces hablar de territorio, población, poder, organización política, soberanía o derecho, porque estas notas están presentes en toda

formación política, cualquiera que fuese. Por otro lado, hemos hecho hincapié en la historicidad y la socialidad del Estado, no porque fueran caracteres específicos de él (todas las formaciones políticas son históricosociales), sino porque ha sido una peculiaridad de la gran mayoría de los teóricos políticos de todas las épocas –incluidos los modernos–, negar justamente estas dos condiciones, en un vano intento por ocultar su temporalidad, su contingencialidad y la responsabilidad humana en sus causas y sus efectos.

Entre esos factores comunes encontramos el predominio de la forma de dominación burocrática sobre la tradicional y la carismática; la colegiatura de mandato libre o parlamento, como máximo órgano de poder de la institución estatal; la creencia en la autoridad estatutaria, en los derechos naturales del hombre y en el nacionalismo, como inspiraciones dogmáticas de los órganos estatales.

5. Ejercicios

1. Describir qué se entiende por concepción tradicional de la teoría del Estado.
2. Describir las premisas metodológicas básicas adoptadas en este capítulo para estudiar el Estado.
3. Describir los caracteres centrales de las teorías organicista y mecanicista del Estado.
4. ¿Qué se entiende por socialidad y qué por historicidad del Estado?
5. ¿En qué consisten los primeros genes de la estatalidad moderna?
6. ¿Cuáles son las principales características del Estado absoluto?
7. Describir los elementos más destacados del primer Estado liberal moderno.
8. ¿En qué consiste la forma de dominación burocrática?
9. Describir las creencias básicas que han inspirado el diseño de los Estados modernos.
10. ¿Qué se entiende en este capítulo por soberanía?

6. Bibliografía

- Anderson, P. *El Estado absolutista*. Bs. As. Siglo XXI, 1987.
- Aristóteles: *Política*. Madrid. CEPC. 2005.
- Bodin, J: Los seis libros de la república. París. [1576]
- Bossuet, J.B Discurso sobre la historia universal. París. [1681]
- Castoriadis, C. *La Sociedad Burocrática*. Barcelona. Tusquets, 1976.
- Castoriadis, C. *Los dominios del hombre: Encrucijadas del laberinto II*. Barcelona, Gedisa, 1995.
- Castoriadis, C. *La institución imaginaria de la sociedad*. Bs. As. Tusquets, 1999.
- Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp.): *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémico más allá del capitalismo global*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, 2007.
- Darwin, C. *El origen de las especies*. Madrid. EDAF, [1859] 2010.
- Fayt, C.: *Derecho Político*. (2 tomos). Buenos Aires. De Palma, 2000.
- Habermas, J. *La Inclusión del otro*. Bs. As.-Barcelanoa. Paidós, 1999.
- Habermas, J.: *Facticidad y validez*. Madrid. Trotta, 2005.
- Heller, H.: *Teoría del Estado*. Buenos Aires. FCE, [1934] 1942.
- Hobsbawn, E. *La era de la revolución. 1789-1848*. Bs.As. Crítica, [1975] 1998.
- Hobsbawn, E. *La era del capital. 1848-1875*. Bs. As. Crítica, [1975] 1998.
- Hobsbawn, E. *La era del imperio. 1875-1914*. Bs. As. Crítica. [1987] 2004.
- Hobbes, T. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México. F.C.E., [1651] 1980.

- Jellinek, G. *Teoría General del Estado*. México. FCE. [1903] 2000.
- Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. México. Porrúa, 1993.
- Lamo de Espinosa, E. *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto de conocimiento sociológico*. Centro de investigaciones sociológicas. Madrid, 1990.
- Locke, J. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Bs. As. Losada, [1689] 2002.
- Mignolo, W. “El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto”, en Castro Gómez S. y Grosfoguel, R. (comp.), 2007.
- Platón: *Diálogos*. México. Porrúa, 1996.
- Smith, A. *La riqueza de las naciones*. Bs. As. Alianza. 2001.
- Weber, M. *Economía y sociedad*. México. F.E.C. [1922] 2005.

Capítulo 

**EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
DEMOCRÁTICO Y SOCIAL COMO CONCEPTO
HISTÓRICO**



1. La relación entre Estado y Derecho. Sentido formal y sentido sustancial

1.1 La articulación estructural moderna entre Estado y derecho.

La relación entre Estado y Derecho constituye el problema principal de nuestra materia y hace a su razón de ser, toda vez que el Derecho Político nace como una indagación acerca de las condiciones de posibilidad del derecho en tanto que medio de limitación y democratización del poder, que de otro modo deviene absoluto.

Desde la perspectiva histórica, Estado y Derecho se articulan en la época moderna. Es decir que entendemos al Estado como una unidad centralizada de dominación y acción sobre un territorio y una población, que ejerce, por medio del monopolio de la coacción legal, la cooperación social. Se trata de una formación política específicamente moderna, que se distingue de las formaciones premodernas por la concentración de los medios de administración, entre ellos, el derecho.

Con ello se quiere resaltar la pretensión y la tendencia del Estado Moderno al monopolio de la creación y de la aplicación del derecho en tanto orden respaldado por la coacción. Con el surgimiento del Estado comienza una relación simbiótica con el derecho: el poder sanciona y formula el derecho, que es uno de sus medios de organización; el derecho justifica y legitima, incluso confiere poder. De esta forma se da un triple proceso: afirmación de un poder territorial por encima de la pluralidad de centros de poder con la formación de la unidad de los reinos que

está en la base de los primeros Estados absolutistas (Inglaterra, España, Francia, Portugal), la formación y consolidación de un sistema interestatal después de la paz de Westfalia, y la emergencia de una economía mundo entre el mediterráneo y el circuito comercial del Atlántico luego de 1492 con el “descubrimiento” de lo que luego se llamará América. Es solamente en este marco histórico de emergencia del Estado Moderno como forma diferenciada de los imperios y de las ciudades-Estado, cuando la relación que nos ocupa es visible, pensable y problemática, en la medida en que el Estado va expropiando y centralizando la capacidad de creación y aplicación del derecho, y éste deviene el lenguaje o discurso normativo estatal afirmándose contra un escenario u horizonte de pluralismo jurídico, es decir de múltiples fuentes de producción jurídica (ej. iglesia católica, ciudades, corporaciones artesanas, señoríos, etc.).

1.2 Estado de derecho en sentido formal y en sentido material

Con la maduración de estos procesos, se puede visualizar un nuevo modelo de dominación: el racional legal y de legitimidad por la legalidad, al decir de Max Weber. Ello será más evidente al cabo del proceso de las revoluciones burguesas. Así las cosas, el término y sentido vinculado a la etimología alemana del Estado de derecho (*staatsrecht*) fue popularizada en 1832 por Robert Von Mohl y desarrollada por la iuspublicística alemana introduciendo elementos liberales en una matriz cultural fuertemente estatalista. Esta afirmación puede resultar a primera vista paradójica, pero todo el siglo XIX en el ámbito cultural germánico exhibe la contradicción entre una unidad cultural y lingüística que sin embargo no encuentra su unidad política en el Estado hasta 1871. De ahí la peculiar mixtura entre la recepción del liberalismo y al mismo tiempo la falta, y por consiguiente, el deseo de Estado que se puede encontrar en las filosofías de un Hegel, Fichte e incluso en algunos matices de Kant con su tajante separación entre derecho como manifestación de la conducta externa, donde no cabe desobediencia ni resistencia al derecho positivo respaldado por coacción y moral, ámbito de la autonomía y de la pretensión de una conciencia del individuo que

debía actuar de acuerdo a cánones universales formulados como imperativos categóricos.

El Estado de derecho formal en ese marco, no deja de ser el avance de una pretensión de seguridad jurídica y garantía de las relaciones de propiedad privada. Sin embargo, en un sentido material o sustancial y fuerte, es evidente que no todo Estado es un Estado de derecho. En esta segunda acepción, Estado de derecho significa un conjunto de vínculos sustanciales, obligaciones y límites al poder del Estado, sus fines y modalidades, teniendo como objeto prioritario la libertad e igualdad de las personas. Es decir el derecho aparece aquí cualificado por sus contenidos (derechos humanos, constitucionalismo, soberanía del pueblo o de la nación, etc.) experiencia derivada como veremos, especialmente de las culturas de los derechos de Inglaterra, Estados Unidos y de Francia.

Con todo esto queremos decir que cuando en la actualidad hablamos de un Estado de Derecho constitucional, democrático y social, en realidad estamos usando un concepto complejo síntesis de distintas culturas de los derechos y que incorpora además elementos de distintas tradiciones políticas (democrática, republicana, liberal). Al decir del profesor de historia constitucional de la Universidad de Firenze, Maurizio Fioravanti: *“Cada tiempo histórico produce su propia cultura de los derechos...es precisamente esta cultura de los ciudadanos y de los mismos poderes públicos la que vuelve operativas, o al contrario ineficaces, las elecciones positivamente hechas desde el ordenamiento para la tutela de las libertades y los mismos mecanismos de garantía... Por lo tanto, más allá y aún antes que el dato jurídico-formal, ... existe el condicionamiento de las libertades que en un momento histórico concreto es capaz de producir con la acción de los ciudadanos y de los mismos poderes públicos”*³⁵.

El desarrollo histórico del Estado de Derecho así entendido es susceptible, o requiere entonces, con el objeto de su comprensión, de una pluralidad de enfoques metodológicos: la historia social, la historia conceptual y la historia institucional a los que en el marco de este capítulo solamente podemos asomarnos para ver en qué dirección nos llevan a la hora de entender el Estado de derecho como concepto histórico.

35 Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid. Trotta, 1996. Pág. 24.

El Estado de derecho en sentido formal y en sentido sustancial que acabamos de definir en el párrafo anterior, tiene que ver entonces con el ascenso entre los siglos XIV y XIX de un nuevo grupo social que no pertenece ni a la nobleza de sangre ni al clero ni tampoco a la producción artesanal por encargo: se trata de la burguesía, así denominada en tanto que habitante de los burgos o ciudades que se va a caracterizar por acumular dinero para prestarlo por intereses (burguesía bancaria), por dedicarse al comercio y al intercambio de mercaderías (burguesía comercial), o por la producción de mercancías para ofertar y vender desbordando poco a poco la producción de las corporaciones artesanales por encargo y utilizando para ello la prestación de trabajo a cambio de salario, forma de relación que sólo se va a generalizar en el ámbito de Europa Occidental en el transcurso del siglo XIX y que junto a la revolución industrial, señala a la burguesía industrial como la fracción más tardía de esta clase social. Puede decirse que desde el principio fue necesaria y funcional a la burguesía la definición de estatutos o fueros de libertad para su actividad en las ciudades que los desobligara de impuestos y rentas a transferir a los nobles y aristócratas, así como a la iglesia. De la misma forma que se generara un marco de seguridad jurídica para su propiedad. En ese sentido, en una primera etapa existe algo así como una alianza objetiva entre los burgueses y los poderes que van emergiendo de entre la poliarquía medieval asegurando la unidad de los reinos (Portugal, España, Francia, Inglaterra, etc.). Las expediciones navales y campañas guerreras de los monarcas, en el marco de la naciente economía- mundo (ver Derecho Político Actual t. 1) no pocas veces fueron financiadas por la emergente burguesía bancaria que se veía beneficiada con el establecimiento progresivo de una fuente de creación y aplicación del derecho y de recaudación de los impuestos centralizada y sobre todo por su actividad militar, naval y comercial. Pero más adelante, hacia el siglo XVII y más aún en el XVIII el absolutismo se fue transformando crecientemente en una traba para las necesidades de la burguesía. Fue entonces que a través de los procesos histórico políticos que desembocaron en las revoluciones burguesas, cuyos ejemplos emblemáticos son la revolución inglesa de 1688 o *glorious revolution*, la revolución de independencia de los Estados Unidos de 1776 y la revolución francesa de 1789, la burguesía ahora como

fuerza sociopolítica e ideológico cultural hegemónica, modificó las bases de la relación hasta entonces imperante entre Estado y derecho sentando las bases del Estado de derecho en sentido no sólo formal sino también sustancial, y por lo tanto del movimiento moderno hacia el constitucionalismo. Veremos que este desarrollo sustancial del Estado de derecho constitucional se opera por la convergencia de tres culturas de los derechos y las libertades.

2. Historia de las instituciones

En la articulación histórica de las instituciones del Estado constitucional, confluyen tres procesos diferenciados geográficamente, ideológica y temporalmente que son relevantes en los orígenes del Estado de derecho.

- La tradición inglesa, del *Rule of law*, se caracteriza por la evolución y la continuidad de las instituciones, predominando por sobre la ruptura revolucionaria. La trayectoria histórica que lleva a la moderación de la monarquía, (*King in parliament*), el respeto de las leyes consuetudinarias del reino, la ampliación gradual de la base de representación política, a través de la incorporación de los comunes (*Commons*), es decir, las personas que no tienen títulos eclesiásticos ni nobiliarios. Estrictamente, *Rule of law*, significa seguridad y previsibilidad jurídica a través del derecho común (*common law*) y la evolución de los precedentes jurisprudenciales, aplicados por los jueces naturales o comunes.

Este lento proceso de elaboración del derecho común, sólo fue conmovido por la guerra civil del siglo XVII y la “revolución gloriosa” de 1689, que, sin embargo, tuvo unas consecuencias mucho menos radicales que las revoluciones que le iban a seguir un siglo después, y que con ella forman el trío de las llamadas revoluciones liberal-burguesas, es decir, la de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) y la Francesa (1789). La monarquía limitada por un parlamento, (principio de supremacía parlamentaria), en el que gradualmente van predominando los representantes de los comunes, por sobre los lores

(nobles, militares y eclesiásticos), y poco a poco se va ampliando la representación popular a través de las leyes electorales que extienden el derecho de sufragio a más categorías de población.

En ese marco, se produce la transformación de la *liberty*, en tanto que principio abstracto heredado de la tradición filosófica clásica greco-latina (*libertas*), en *freedoms*: aspectos concretos de las libertades grupales e individuales (propiedad, libertad personal ambulatoria), exigibles ante los jueces del *common law*, que gradualmente se van extendiendo en su garantía desde los grupos estamentales a la burguesía: desde la Carta Magna de 1215, hasta el Acta de Hábeas Corpus y el *Bill of Rights* en el siglo XVII³⁶.

En esta tradición historicista no existe la idea de ruptura con una situación o Estado anterior, sino que se construye en todo caso una narrativa de reparación, recuperación y protección de las antiguas libertades puestas en peligro por los intentos absolutistas y arbitrarios. Algo así como un poder constituyente que funde un nuevo Estado y un nuevo derecho es impensable desde esta perspectiva. La constitución por lo tanto es un conjunto de costumbres y normas en parte no escritas, por lo tanto dispersa, que ha sedimentado a lo largo de siglos y que a lo más, termina de ser perfeccionada con la configuración de libertades y poderes que surge de la revolución gloriosa que establece como vimos la monarquía parlamentaria y el imperio del derecho por medio de los precedentes judiciales que aplican el derecho común.

- La tradición del constitucionalismo y las declaraciones de derechos norteamericanas y francesas, que enfatizan la ruptura revolucionaria, los derechos naturales de los individuos como previos al Estado, institucionalizados a través de las declaraciones de derechos, la formación de un cuerpo político colectivo (pueblo o nación), como depositario de la soberanía, la distinción entre poder constituyente y poder constituido y la supremacía de la ley. En ambos casos hay ruptura y refundación de una nueva forma de vinculación entre Estado y derecho. Ruptura con el Antiguo Régimen absolutista en el caso de la revolución

36 Sánchez Viamonte, Carlos. *Los derechos del hombre en la revolución francesa*. Prólogo de Mario de la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1956. Pág. 5/8.

francesa y con la pertenencia colonial a la Corona Británica en la revolución de independencia de los Estados Unidos. Pero en el caso Estadounidense este elemento es matizado y moderado por la pertenencia al área cultural anglosajona creando una experiencia que en adelante combinará en forma peculiar el individualismo revolucionario y el historicismo a través de la constitución federal de 1787, el Estado federal, la división de poderes legislativo, ejecutivo presidencial y un judicial formado por una Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores integrados por jurados populares.

- Finalmente, en la comprensión germana del *staatsrecht*, predomina una tradición estatalista, pese a que, y tal vez justamente por esto, el Estado nacional alemán recién se unifica como tal a partir del último tercio del siglo XIX. De ahí que el estatuto jurídico del poder y los derechos públicos subjetivos surgen en forma de autolimitaciones otorgadas por el Estado soberano. Algo así como derechos y garantías sólo pueden existir en el marco del Estado y en la forma del derecho positivo, por lo tanto no en forma previa a la existencia estatal, como el iusnaturalismo de la narrativa individualista revolucionaria sostenía. Asimismo, el poder constituyente tiene como presupuesto la existencia misma del Estado y consiste en una decisión fundamental acerca de la forma política a adoptar por el Estado, no necesariamente democrática o consensual sino que tiene como elemento definitorio implícito el poder, la capacidad para imponerla con éxito.

Para entender mejor los contrastes entre estas corrientes recurrimos al siguiente cuadro de doble entrada.

Cuadro nro. 1: culturas de los derechos

| | Historicista | Individualista revolucionaria | Estatalista |
|-----------------------------|---|---|--|
| Constitución | Sedimentación histórica. Dispersa en costumbres y leyes parlamentarias. Parcialmente no escrita. | Norma suprema que organiza racionalmente el poder y garantiza las libertades y derechos. Escrita. | Decisión acerca de la forma de existencia del Estado (supone la previa existencia del Estado y el poder para darle una forma política: ej. monarquía o república, etc.). |
| Poder constituyente | No existe. | Crea la constitución y la reforma en todo o en parte. Es atribuido a la soberanía popular o nacional. Pueblo o Nación cuerpo político de los ciudadanos dotados de derechos naturales. | poder para imponer una decisión acerca de la forma política del Estado, sea consensual o no. |
| Derechos y garantías | Son aspectos concretos y exigibles de las libertades. Ej. No ser encarcelado sin orden escrita de juez competente. No imposición de tributos sin representación. <i>No taxation without representation.</i> | Son derechos naturales de los individuos previos a la existencia del Estado que éste debe reconocer y garantizar como su fundamento y su fin por medio de la ley expresión de la soberanía popular. | Son autolimitaciones de la soberanía estatal que fundan los derechos subjetivos como intereses (públicos o privados) tutelados por el derecho positivo estatal. |

Fuente: elaboración propia en base a Maurizio Fioravanti. Op.cit.

Un ejemplo de estas diferencias en las culturas de los derechos que hemos reseñado hasta aquí puede ser clarificadora: la consideración del derecho de sufragio o de voto. En la tradición historicista es considerado, en sus orígenes (que remiten a la participación de los *commons* en el parlamento inglés y a sucesivas

leyes de ampliación del sufragio a más categorías de población partir de 1833), como una garantía, ya que la representación asegura que no se tomarán decisiones arbitrarias contra la libertad física o la propiedad sin participación de representantes de los sectores afectados. En el parlamento británico se va pasando a una ampliación de los sectores representados hasta abarcar la totalidad de los súbditos del reino.

En la tradición individualista revolucionaria el sufragio es manifestación del derecho natural del ciudadano en tanto integrante del colectivo al que se le atribuye soberanía: pueblo o nación de concurrir, por medio de la elección de representantes a la formación de la voluntad general expresada por medio de la ley como fuente principal del derecho. Los representantes aquí no lo son de una parcialidad o grupo social sino del interés general de la nación o del pueblo.

En la tradición estatalista el derecho público subjetivo de participar en la formación de la voluntad política del Estado surge como autolimitación de la soberanía estatal y es una función para integrar dicha voluntad política pública. De aquí se desprenden las teorías del sufragio como función.

Como producto de estas tendencias, (especialmente las dos primeras), quedan documentos constitucionales relevantes, antecedentes fundamentales del constitucionalismo moderno, de los que mencionamos algunos conocidos ejemplos, sin pretensión de agotar el tema:

a) El art. 1 de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, que consagra los derechos a la vida, la libertad, los medios de adquirir y poseer la propiedad, la búsqueda de la felicidad y la seguridad.

El art. 2, que establece que todo poder reside en el pueblo y que en consecuencia de él se deriva el gobierno.

b) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en sus artículos:

1. Los hombres nacen libres e iguales en derechos.
2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: libertad, propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión.
3. Toda soberanía reside en la Nación, y

16. Toda sociedad que no tenga asegurada la garantía de los derechos ni la división de poderes carece de constitución.

c) Los tres primeros artículos de la constitución de los Estados Unidos de 1787, que constitucionalizan la división de poderes estableciendo los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

No obstante, estas tradiciones no se desarrollan posteriormente en forma pura. Ni siquiera en sus espacios culturales de origen. Se van a producir en Inglaterra, Francia, Estados Unidos y Alemania así como en la medida de la expansión del movimiento de organización de los Estados por medio de constituciones (en el sentido racional normativo del término), una serie de formas impuras que van a combinar elementos de las tres culturas de los derechos que hemos reseñado.

Puede decirse que el Estado de Derecho y el constitucionalismo franceses van a combinar las características de individualismo y estatalismo predominando uno u otro matiz según la coyuntura política de la inestable historia de ese Estado durante el siglo XIX y buena parte del XX. De la misma forma el desarrollo del constitucionalismo en los Estados Unidos va a articular, como habíamos adelantado, elementos historicistas que tienen que ver con la influencia de la tradición inglesa y elementos de la tradición revolucionaria. Al decir de Fioravanti³⁷ estas diferencias se deben a que mientras la revolución francesa parte de la necesidad de establecer y legitimar una clase política fuerte, proclamándola capaz de representar al pueblo al dotarlo de unidad verdadera y visible, rompiendo así la práctica del antiguo régimen del mandato estamental imperativo, la revolución norteamericana parte de la necesidad de negar las decisiones del parlamento inglés que le impone impuestos a las colonias sin la debida representación –recordar el principio *no taxation without representation*–, circunstancia que está en el origen de los hechos revolucionarios y que invoca entonces una de las viejas libertades inglesas. Las circunstancias históricas hicieron que ese reclamo se transformara en la necesidad de independencia de la corona británica en el marco de las narrativas iusnaturalistas de

37 Fioravanti. *Op. Cit.* Pág. 90 y 91

los derechos del hombre y la soberanía del pueblo. Pero siempre manteniendo una desconfianza hacia un legislador fuerte. De ahí las ideas de constitución como superior a la ley y de poder constituyente originario y derivado como poderes extraordinarios necesitados de consensos exigentes que se plasmarán, entre otras cosas, en la idea de superioridad y rigidez constitucional, en la relación entre la unión y los Estados en la forma estatal federal, van a pasar a la doctrina constitucionalista a raíz del proceso revolucionario de los Estados Unidos en la construcción de su independencia. Por el contrario, en el caso francés se trata de la necesidad de un legislador fuerte que represente la unidad frente a la maraña de poderes e intereses monárquicos, nobiliarios, regionales, corporativos que la Revolución de 1789 sintetizó bajo el nombre de Antiguo Régimen. Ese legislador fuerte (la Asamblea Nacional que representa la soberanía de la nación) y la ley de ella emanada como fuente superior del derecho, propiciaron una serie de mixturas e intercambios entre la doctrina del individualismo revolucionario y los momentos estatistas mostrando una historia oscilante entre ambos a lo largo de todo el siglo XIX y en la que tomaron posturas estatistas tanto los republicanos jacobinos como los conservadores monárquicos, presentando pese a sus contradicciones ideológicas, distintas variantes de estatismo.

En Inglaterra y Alemania historicismo y estatismo, respectivamente, seguirán marcando en forma predominante la cultura de los derechos y libertades. En este último caso, no obstante la elaboración importante de los *iuspublicitas* alemanes del *staatsrecht* en sentido liberal, como Carl Th. Welcker, o Von Arentin³⁸, la historia cambiará sólo después de la caída de la República de Weimar, la entronización del III Reich Nazi y de la Segunda Guerra mundial; como consecuencia de la desestructuración de la sociedad y las consecuencias económico sociales del totalitarismo y el conflicto bélico. La matriz estatista será reformulada en un modelo de economía social de mercado y Estado benefactor compatible con el constitucionalismo democrático y social después de la guerra.

Como ha puesto de relieve Antonio Enrique Pérez Luño, los *iuspublicitas* liberales del Estado de derecho alemán, como

38 Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Prólogo de Rafael Agapito Serrano. Trotta. Madrid. 2000. Pág. 19.

los mencionados Welcker y Von Arentin a principios del siglo XIX, influenciados aún por el iusnaturalismo racionalista y la filosofía del derecho kantiana, concebían al *staatsrecht* como una forma peculiar de Estado con exigencias no sólo formales sino también de contenido, que se cifraban en: a) la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo. El Estado de Derecho es concebido como un Estado racional o Estado de razón en la terminología de Welcker, b) el rechazo de cualquier tipo de transpersonalismo³⁹ en los objetivos del poder; c) la limitación de las tareas del Estado a la garantía de la libertad, seguridad y propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concebida como norma general emanada de los representantes de la soberanía popular.

Aún en la tradición germana, entonces, el Estado de derecho nació como una fórmula de compromiso que implicaba aunar distintas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.⁴⁰

No obstante, y en el sentido visto anteriormente por Fioravanti, también el iusfilósofo de la Universidad de Sevilla concluye en que terminará prevaleciendo con el avance del siglo XIX y hasta bien entrado el XX en la cultura de los derechos alemana, una comprensión estatalista formalista del Estado de derecho que caracteriza así: “*fue tomando cuerpo en el seno de la doctrina germana, una tendencia dirigida a absolutizar la idea racional-formal, subyacente a la construcción kantiana, y a resolver el equilibrio entre individuo y Estado a favor de este último. Se produce, por esta vía, la metamorfosis del Estado de*

39 Aquí se hace referencia a la clasificación de las doctrinas del Estado en personalistas y transpersonalistas. Las primeras tienen como fin último la dignidad de las personas, las segundas anteponen a las personas los fines del Estado o la razón de Estado, sacrificando de ser necesario la dignidad humana para asegurar la supremacía de la institución estatal. Para las primeras el Estado es un instrumento necesario para lograr la dignidad y libertad de las personas, para las segundas el Estado, su existencia y poder es un fin en sí mismo que requiere la instrumentalización y sacrificio de las personas.

40 Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid. 1999. Pág. 220

*derecho en Estado ético, en la medida en que lo que era racionalidad formal a priori pasa a identificarse con lo concepción del Estado como valor metafísico y absoluto*⁴¹.

Sobre esta cultura estatalista se monta luego un proceso de formalización, que iniciado por Friedrich J. Stahl es profundizado por Mayer, Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen proceso en el que se va despojando al Estado de su componente metafísico trascendente, tan notorio en la filosofía hegeliana, y de todo contenido material (como en las formulaciones iniciales vinculadas al liberalismo político), quedando entonces el Estado reducido a su componente formal normativo. En esta comprensión se afirma entonces la idea que el Estado debe delimitar y garantizar a través del derecho su actuación, en el marco de la aceptación de la autoridad estatal en clave positivista.

Esta articulación de positivismo jurídico formalista y estatalismo en sus expresiones más acabadas que podemos seguir hasta el propio Hans Kelsen en el siglo XX, tendrá a juicio del sevillano las siguientes características:

a) Una aparente despolitización del Estado, que lejos de proponerse la realización de fines políticos propios, aparece como un mero instrumento neutro para asegurar el *laissez fare*, es decir, para garantizar jurídicamente el libre juego de los intereses económicos en el mercado. Para ello es necesario aceptar el marco político dado (ej. el estatalismo del II *Reich* alemán hegemónico por Prusia bajo la constitución imperial del *Kaiser* y la figura del canciller de hierro Otto Von Bismark), con matices propios notables respecto de las expectativas del constitucionalismo demoliberal contemporáneo. En este contexto el Estado de derecho funciona al servicio de la burguesía asociada al Estado, para lo que dificulta el derecho de asociación (especialmente el sindical de los trabajadores y el democrático de los sectores pequeño burgueses) y abandona el mercado a los económicamente poderosos, reconociendo una igualdad y libertad en el plano formal que no tiene correspondencia con el social y económico.

41 Ibid. Pág. 221.

b) Tendencia a la identificación del concepto (complejo, como venimos explicando) de Estado de derecho con el principio de legalidad, lo que implica el sometimiento de la administración a la ley, así como la posibilidad de control jurisdiccional de sus actos⁴². La supresión e cualquier referencia al contenido material de la legalidad termina por conducir a una identificación absoluta entre el Estado y el derecho y a la confusión resultante en por ejemplo, Hans Kelsen quien afirma expresamente que todo Estado por el mero hecho de serlo, es Estado de derecho, pero en una forma peculiar, al disolver la realidad estatal en el concepto formalizado de orden jurídico centralizado en su creación y aplicación.

3. Historia conceptual

Desde el punto de vista de la historia conceptual, se trata de rastrear el movimiento de las ideas y las tendencias ideológicas, sus contextos pragmáticos, y las correspondientes transformaciones del sentido de los conceptos políticos. Para comprender esto cabe recordar que en las ciencias del lenguaje se distinguen los siguientes planos de análisis: el sintáctico implica la relación entre palabras (ej. sujeto, objeto, predicado). El semántico implica el significado de las palabras. El pragmático finalmente remite al análisis de la relación entre los sujetos del habla y/o de la escritura y su contexto. La historia conceptual o intelectual de las ideas políticas busca dar cuenta entonces de los contextos de discusión en los que surgen y cómo se van modificando en relación con dichos contextos los conceptos políticos.

El Estado de Derecho articula e institucionaliza principios de organización del poder que tienen su origen en tradiciones políticas diversas, con diferentes orígenes y trayectorias históricas, diversas prioridades entre lo público y lo privado, en las formas de entender a la ciudadanía, tanto como diversos aportes al Estado de derecho en materia de institucionalización de derechos y garantías. Pero también, dependiendo de contextos histórico- geográficos y fuerzas políticas que impulsan estas tradiciones, producen contradicciones, tensiones y excesos que

42 *Ibid.* Pág. 223

perjudican o alejan la realidad histórica del modelo de Estado de derecho constitucional democrático y social estimado valioso.

Estas tradiciones relevantes son al menos tres, la democracia, que nacida en Atenas en el siglo V a. C enfatiza el autogobierno del *demos*, es recuperada en la modernidad a través de la representación, prioriza la dimensión activa de la ciudadanía y aporta el principio de la soberanía popular al Estado de derecho, la democratización de la fuente del derecho, de ahí que una de las adjetivaciones que recibió el Estado de Derecho lo cualifica como “democrático”.

El republicanismo, nacido en la antigua Roma, ha incorporado a lo largo de su dilatada trayectoria histórica distintos sentidos: la forma mixta de gobierno como garantía de estabilidad política, la sabiduría del gobierno popular sedimentada en las buenas leyes, siempre preferibles al arbitrio de los gobernantes de turno, la virtud cívica, la responsabilidad y el servicio público de los funcionarios, la distinción entre hacienda pública y patrimonio privado, el predominio de lo público sobre lo privado. Ha aportado al Estado de derecho moderno, el principio del control, no concentración y equilibrio del poder, y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El liberalismo, nacido en la época moderna, contemporáneamente con la emergencia y afirmación de la burguesía y la tendencia a la generalización de la economía capitalista de mercado, aporta al Estado de derecho el reconocimiento de una esfera de libertad y autonomía de los individuos, que entendidos a través de las doctrinas iusnaturalistas, son considerados previos y fundamentos, al mismo tiempo que fines, de la organización política y positivizados en la forma de las declaraciones de derechos y garantías.

Estas diferentes tendencias se articulan de forma tensa en las instituciones del Estado de derecho, dependiendo de los contextos históricos y geográficos, de la cultura local y su receptividad hacia estas corrientes políticas y de las fuerzas sociopolíticas que las llevan adelante. De cómo se produce esta articulación en el desarrollo de los modernos Estados de derecho, depende que esas tradiciones políticas diversas se potencien y refuercen mutuamente o por el contrario, se contradigan.

En efecto, la articulación en el Estado de Derecho de estas tradiciones políticas diversas no está exenta de problemas y contradicciones, de ahí la fragilidad y la apertura histórica que muchas veces lo acompaña. Veamos, liberalismo y republicanismo

muestran una serie de dificultades a la hora de articularse con el principio democrático. La idea de autogobierno del pueblo, tenía en los orígenes de la democracia en la antigua Grecia como principios emblemáticos la *isonomía* (igualdad ante la ley, pero no meramente pasiva como es entendida contemporáneamente, sino en tanto capacidad de los ciudadanos libres para hacer la ley en la asamblea) e *isegoría* (capacidad de hacer uso de la palabra y argumentar ante la asamblea). De la misma manera, el sorteo y la rotación, mucho más que la elección, eran las formas de ejercer las magistraturas de justicia y gobierno en la *polis* ateniense, de forma tal, que todos los ciudadanos en algún momento de su vida tenían la experiencia de ejercer la administración de lo común.

Pero en la recuperación moderna del principio democrático, la representación, y por consiguiente la elección y el principio de las mayorías se transformaron en los principios fundamentales de la democracia. De esta forma, la soberanía atribuida al cuerpo político de ciudadanos (pueblo o nación) que se manifiesta en un poder constituyente fundador de las instituciones queda mediada por los representantes y sus competencias instituidas, el principio de las mayorías y la ciudadanía como derecho de elección de distintos representantes. En la arquitectura constitucional de los Estados de Derecho modernos, la democracia representativa electoral y el principio mayoritario establecen quiénes y cómo deben gobernar. Las mayorías electorales circunstanciales y cambiantes a lo largo del tiempo deben respetar además una serie de límites que están fijados por los principios republicanos y liberales en el Estado de derecho: el republicanism establece una garantía amplia de no concentración del poder (no concentración, ni siquiera por una mayoría política electoral de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial), el control y la transparencia del ejercicio del poder, la responsabilidad de los gobernantes, etc. De hecho, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, que debe ser integrada por magistrados independientes, fue concebida por los constituyentes norteamericanos como un poder contramayoritario y estable frente a las mutaciones de los otros dos poderes.

Por su parte, el liberalismo veda a las mayorías políticas circunstanciales invadir la esfera de los derechos individuales que hacen a las libertades fundamentales de la persona humana. Su integridad personal, su libertad ambulatoria, de pensamiento y expresión sin censura, su autonomía moral para optar por un

plan de vida, etc., a través de las declaraciones de derechos y sus correspondientes garantías judiciales. A su vez, la democracia si no es moderada por los principios republicanos y democráticos puede generar el exceso de la tiranía de las mayorías, o de la delegación en representantes, gobiernos y/o líderes que, bajo la excusa de su legitimidad democrática tienden a concentrar el poder y a avasallar los derechos de las personas.

Pero una comprensión del liberalismo excesivamente economicista, en clave de individualismo propietario, termina sacrificando la igualdad a las desigualdades fácticas que la concentración de la riqueza genera con los consiguientes obstáculos de hecho económicos, sociales y culturales que ello conlleva para el ejercicio de los derechos y las libertades que devienen abstracciones para aquellos que sólo pueden vender su trabajo en el mercado o que no tienen expectativa de conseguir trabajo. O visto del otro lado de la moneda, las libertades devienen privilegios para aquellos que tienen las condiciones económicas y culturales para ejercer derechos y hacer valer su igualdad jurídica formal en un marco de desigualdades fácticas.

De esta forma, el Estado de Derecho es un acuerdo precario entre concepciones diversas de la política que siempre está siendo desafiado por poderes fácticos antijurídicos o extrajurídicos y que sigue teniendo la difícil tarea de acentuar sus contenidos sociales y democráticos manteniendo y potenciando al mismo tiempo los derechos y libertades que hacen a la autonomía de los seres humanos. Como vemos, aquí apenas podemos asomarnos a explicar en general el problema, ya que una historización del Estado de derecho desde el punto de vista de la historia conceptual supone analizar cómo estas tradiciones han sido comprendidas y puestas en práctica en la historia de una sociedad determinada.

De todo esto resulta que no cualquier Estado, ni cualquier derecho constituyen un Estado de derecho en sentido fuerte o sustancial. Según Elías Díaz⁴³, para que se pueda hablar de Estado de derecho, deben darse mínimo los siguientes requisitos:

- 1- Supremacía de la ley.
- 2- Declaración de derechos y garantías.
- 3- División de poderes.
- 4- Control y responsabilidad de los gobernantes.

43 Díaz, Elías. Legitimidad y legalidad en el socialismo democrático. Civitas. Madrid. 1977. Pág. 24.

En una enumeración más completa, podríamos decir que el Estado de Derecho articula:

1) Una prioridad teleológica: la libertad e igualdad de las personas.

2) Dos principios fundamentales: el imperio/supremacía de la ley y la soberanía popular.

3) Un conjunto de técnicas jurídicas de organización del poder:

-Supremacía constitucional.

-Distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. (Rigidez constitucional).

-División de poderes.

-Independencia del poder judicial y control de constitucionalidad.

-Elecciones competitivas y plurales para designar a los titulares del poder constituyente y de los poderes constituidos.

-Legalidad administrativa.

-Control de la actividad estatal e institucionalización de la oposición.

4. El Estado social de derecho.

El individualismo, la pretendida apoliticidad o neutralidad del Estado liberal, no podían satisfacer las exigencias de libertad e igualdad real de los sectores social y económicamente más postergados que se iban haciendo mayoritarios a medida que la urbanización, industrialización y la necesidad de fuerza de trabajo asalariado se iban generalizando. La transformación de la sociedad capitalista industrial de mercado en una donde las grandes corporaciones productivas dominan la oferta de bienes y servicios transformó a su vez la libertad de contratación en el mercado laboral con sus principios de derecho civil: igualdad jurídica y autonomía de la voluntad, en una fachada que encubría la desigualdad fáctica entre los empresarios con su poder para fijar los términos de la relación de trabajo (encuadrada por el derecho civil como locación de servicios u obra): duración de la jornada, remuneración, condiciones, duración del contrato, cese de la relación laboral y sus causas. Ello produjo la explotación de quienes sólo tienen su fuerza de trabajo para vender. En

ese marco la neutralidad y apoliticismo estatal no es más que la tutela de los intereses de los poderosos frente a los débiles. La burguesía que en su fase de ascenso expresó el interés general frente al despotismo y arbitrariedad del absolutismo, durante el siglo XIX una vez convertida en el grupo social dominante política y económicamente, se amparó en el marco de la legalidad del Estado de derecho para proteger sus intereses de cualquier redistribución de poder social, político y económico que afectara su sitio privilegiado no teniendo inconvenientes en combinar la libertad en el mercado con la represión y criminalización de la protesta social y la organización asociativa por medio de los sindicatos, de los sectores oprimidos y excluidos, y en retrasar cuanto pudo la organización política de dichos sectores y su expresión democratizadora a través del sufragio universal.

El socialismo, que nacido del conflicto estructural fundamental del moderno capitalismo industrial (capital-trabajo), en los siglos XVIII y XIX, a través de las luchas del movimiento obrero organizado, aporta al Estado de derecho su dimensión social, en la forma del reconocimiento de la centralidad del trabajo como actividad humana creadora de la riqueza y la consiguiente búsqueda de la remoción de los obstáculos económicos y sociales que, de hecho, limitan la igualdad y la posibilidad del libre desarrollo de la personalidad de quienes tienen sólo su fuerza de trabajo para vender en el mercado. De la misma forma, puede decirse que el principio democrático tiene una afinidad electiva más fuerte con el socialismo que con el republicanism y el liberalismo, en tanto éste puede ser entendido como una expansión de la democracia a la esfera de la economía y la sociedad en general, basada en el principio de la igualdad social.

La igualdad, en la perspectiva que inspira la cuestión social, no es una mera igualdad formal ante la ley, ni puede presuponerse, sino que debe ser construida a través de la acción pública solidaria que remueve los obstáculos económicos de hecho (la extrema concentración de la propiedad y la desigualdad de la riqueza), que impiden a las personas desarrollar sus planes de vida con autonomía. La lucha secular de los movimientos de la clase trabajadora dejó inscriptos en las constituciones y las leyes del siglo XX un “nuevo derecho”: la garantía de los derechos económicos y sociales y la exigencia de prestaciones

positivas del Estado en la forma de provisión de bienes públicos: salud, educación, vivienda, protección en la vejez, protección de la niñez, protección y seguro contra el desempleo, etc., que vinieron a completar los catálogos de derechos civiles y políticos. Asimismo, es producto al menos indirecto de la lucha social, el reconocimiento de la centralidad del trabajo humano como creador de toda riqueza social, lo que se expresa en el reconocimiento de los derechos sociales individuales y colectivos de los trabajadores tales como las condiciones dignas y equitativas del trabajo, el salario digno, la limitación del tiempo de trabajo (jornada limitada, descanso semanal, vacaciones pagadas), la protección contra el despido arbitrario y la garantía de la estabilidad en el empleo, el derecho de asociarse sindicalmente de forma libre y democrática y el derecho de huelga. Estos derechos son fundamentales en un sentido literal, en tanto para quien no posee propiedad de medios de producción su actividad creadora por excelencia, el trabajo y las formas en que esta se desarrolla en el ámbito económico, hacen parte esencial de su personalidad y de sus posibilidades de desarrollo autónomo.

Por otra parte, las experiencias puestas en práctica por los movimientos socialistas desde la sociedad civil o desde el Estado han mostrado que junto a la propiedad privada en la producción de bienes sociales pueden coexistir otras formas de propiedad y gestión que democratizan la economía poniéndola al servicio de la satisfacción de las necesidades de los seres humanos: la propiedad pública con gestión de los trabajadores y usuarios, la cogestión obrero-empresaria, el desarrollo del cooperativismo y la autogestión obrera en sus distintas variantes⁴⁴. La ciudadanía se expande en esta perspectiva abarcando dimensiones económicas y sociales que la concretan, vinculándola a las condiciones de hecho de igualdad que son necesarias para el ejercicio activo de los derechos de autonomía individual y de las libertades políticas en democracia.

La solidaridad social como valor principal incorporado al Estado social de derecho implica que los derechos civiles, políticos y sociales se ejercen con y no contra los derechos de las demás personas. Al revés de la sociedad competitiva individualista que proponen el liberalismo o neoliberalismo. Pero al

44 Herrera, Carlos Miguel. *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000

mismo tiempo, el socialismo ha sido confundido muchas veces con el capitalismo de Estado: una dictadura de partido único que en nombre del pueblo laborioso, pero sin contar con él, opera el traspaso de los medios de producción de los detentadores privados del mercado a la burocracia estatal planificadora. Evidentemente esta versión, que pretendió inspirarse en los principios del socialismo, lo único que hace es cambiar la tiranía del mercado y la desigualdad social por la tiranía del Estado burocrático planificador, por eso no constituye un Estado de Derecho sino una forma de Estado Autoritario.

Desde el punto de vista de su concreción histórica en el Estado de derecho, esta tendencia ha sido producto muchas veces, de reacciones preventivas ante la movilización social que impulsaron reformas legales para ir integrando en la sociedad a las masas de trabajadores antes de que la lucha de clases desembocara en un conflicto desestabilizador del propio sistema basado en la propiedad privada de los medios de producción y la producción de bienes y servicios según las reglas del mercado. De forma tal que si la dimensión social del Estado de derecho tuvo a veces motivación al menos indirecta en las tendencias democratizantes e igualadoras del socialismo, no puede reducirse exclusivamente a esta tradición política. Es conocida en la historia del Estado de compromiso social el hecho de que ante la reiteración cíclica de crisis económicas y sociales desde mediados del siglo XIX hasta la gran crisis de 1929/30, se desarrolló una tendencia reformista que fue siendo aceptada por distintas matrices ideológico políticas como reacción a las luchas de la clase de trabajadora y al mismo tiempo que se extendía el derecho de sufragio: el liberalismo fue capaz de mostrar aspectos más sociales y preocupación por la desigualdad; la doctrina social de la iglesia buscando en las propias fuentes doctrinales e historia de las comunidades cristianas fue capaz de desarrollar a partir de la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII una doctrina social actualizada y adecuada a la moderna sociedad capitalista industrial, con la que empezó a disputar la lealtad de la clases trabajadoras a las corrientes de orientación socialista y comunista; también desde el mismo Estado se ensayaron formas de recepción e integración de los grupos sociales desaventajados

como lo muestra el seguro social bismarkiano⁴⁵. Comienza una etapa en la que se reemplazó la antigua caridad por la moderna política social y completando progresivamente el catálogo de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos y sociales: el reconocimiento del derecho de asociación sindical, de la jornada limitada de trabajo, de un régimen preventivo de los accidentes de trabajo y previsional para aquellos que han dejado la edad laboral, la negociación colectiva, la regulación de las condiciones sanitarias y securitarias en las distintas actividades laborales, la protección de la familia del trabajador e incluso el reconocimiento del propio derecho de huelga en sus dimensiones tanto individuales como colectivas señalan un capítulo que alteró profundamente el carácter del Estado de Derecho transformándolo en un Estado social de derecho.

Ya entrado el siglo XX, y mediando profundas crisis económicas y políticas el contenido social del Estado de derecho se materializó en el origen del constitucionalismo social, en la Constitución de Querétaro de 1917 producto de la movilización social popular que acompañó al proceso de la revolución mexicana, y en la Constitución de la República de Weimar de 1919 luego de la crisis de la primera guerra mundial en Alemania. Esto merece ser resaltado ya que frecuentemente se olvida que la pionera expresión del constitucionalismo social no surge de una formulación doctrinaria europea o norteamericana sino de un proceso de revolución social latinoamericano como el que se inició en México en 1911 y tiene en la Constitución de 1917 una de sus manifestaciones más destacadas. En nuestro país la Constitución de 1949 se inscribe claramente, en especial a través de sus capítulos 3 y 4, en las tendencias del constitucionalismo social.

45 Durante la gestión de Otto Von Bismark como canciller (jefe de gobierno) de Alemania, a fines del siglo XIX; se ponen en marcha las primeras formas de seguro social o seguridad social para los trabajadores asalariados y sus familias, por medio de regulaciones jurídicas y políticas públicas, de ahí que a la dimensión institucional y jurídica del Estado de bienestar o de compromiso social se le defina como el aspecto "bismarkiano" del mismo, al que hay que sumar el aspecto "keynesiano" posterior (por el economista John Maynard Keynes). A partir de la crisis económica de 1930 y el *new deal* (nuevo trato), implementado por el Presidente Franklin D. Roosevelt en Estados Unidos se implementan las propuestas keynesianas a través de las políticas de inversiones públicas en obras e infraestructura, crédito a la producción, creación de empleo y sostenimiento de la capacidad de consumo (demanda agregada) para reactivar la economía.

Después de la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo social se generalizaría, teniendo una de sus más célebres formulaciones en la Constitución de la República de Italia de 1947, en su art. 3.2 que reconoce la obligación del Estado de remover los obstáculos de hecho económicos y sociales que impiden el pleno desarrollo de la personalidad y la participación de los trabajadores en la sociedad, cláusula que es fuente de todas aquellas que reconocen la obligación sujeta a fines de compromiso social del Estado y fundamentan medidas para la igualdad real más allá de la mera igualdad jurídica formal del constitucionalismo liberal. La limitación de la propiedad, al igual que cualquier otro derecho, en función del interés general y del bien común, por medio del reconocimiento de su función social, así como un rol del Estado mucho más activo y consecuente con su expresamente reconocido compromiso social, se plasman en las constituciones en directivas de políticas públicas económicas y sociales donde el Estado juega un rol activo para tender al pleno empleo, el crecimiento, la justicia social y provisión de bienes y servicios básicos.

Teniendo en cuenta este panorama histórico podríamos junto a Rafael de Agapito Serrano en su prólogo al texto de Böckenförde⁴⁶, sintetizar los principales aspectos del Estado social de derecho:

a) La pretensión de superar el carácter jurídico formal de las garantías jurídico constitucionales del constitucionalismo liberal, lo que supone admitir la necesidad de una relación efectiva entre derecho y realidad, tal como propugnaban los movimientos y organizaciones sociales populares que, como vimos, en Europa pero también en nuestra América Latina luchaban para obtener la vigencia efectiva de los contenidos de derechos y la igualdad.

b) La superación de la concepción meramente negativa de la función del Estado, pero excluyendo sin embargo expresamente el riesgo de recaer en un dirigismo autoritario o de valores, mediante el pleno reconocimiento del principio democrático.

46 Böckenförde. Op. Cit. Pág.. 12.

c) La superación del individualismo abstracto liberal, mediante una comprensión de la estructura intersubjetiva de los derechos y libertades, lo que supone reconocer a nivel constitucional el principio de igualdad junto al de libertad.

d) La superación de una concepción positivista del derecho como algo autónomo respecto de la política democrática siendo ésta la única fuente legitimada de su creación.

Todos estos cambios acarrearón también transformaciones en la teoría constitucional y del Estado de derecho liberal formal que analizaremos más en detalle pero que adelantamos aquí sumariamente: la constitución y el derecho constitucional como nivel normativo complejo, derecho sobre el derecho, que establece las condiciones de validez formal y de contenidos o sustancial del resto de las normas del ordenamiento jurídico, que a su vez contiene principios, valores fundamentales constitucionalizados y reglas jurídicas; cuestión que está en la génesis de todas las teorías y prácticas adscritas al llamado neoconstitucionalismo. Por lo tanto la constitución pasa a ser no solo una constitución garantía como la entendía el constitucionalismo de cuño Estadounidense sino también una constitución programadora y directiva de un Estado que ya no se entiende como neutro o escindido de la social sino comprometido con la sociedad. De modo que el marco meramente formal del Estado de derecho del siglo XIX fundado en el principio de legalidad y en los derechos civiles deja paso al cabo de todo este proceso a un Estado de derecho que debe ser adjetivado para dar cuenta de sus dimensiones y de su complejidad: se trata de un Estado de derecho constitucional, democrático y social.

5. Constitucionalismo y teoría constitucional

De todo lo dicho resulta claro que el constitucionalismo moderno es un movimiento intelectual y político tendiente a la racionalización del poder y al reconocimiento y garantía de los derechos humanos realizado por medio de constituciones escritas que codifican quién y cómo debe ejercer el poder y cuáles son los derechos que hacen a la humanidad y dignidad de

las personas entendidos como una valla infranqueable para la potencia estatal. Esa es la formulación más clara del período de origen y consolidación del constitucionalismo y debemos incluir en su campo semántico conceptos que nos traen resonancias históricas de las revoluciones burguesas y de las tradiciones políticas liberales, democráticas y republicanas en el marco del pensamiento progresista e ilustrado moderno.

De esta forma la constitución es un código normativo que pretende organizar racionalmente el poder y las libertades. La definición típica de esta forma de comprender la constitución y que marca el constitucionalismo demoliberal en uno de sus momentos de mayor brillo es la contenida en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *“Toda sociedad que no asegure la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución”*.

El poder constituyente originario corresponde a la entidad soberana que es la nación o el pueblo formado por la concurrencia de los ciudadanos dotados de sus derechos naturales inalienables. Es decir, más allá de trayectorias históricas, matices historicistas o estatalistas y todas las vicisitudes históricas de la expansión del constitucionalismo (jalonada de estancamientos, retrocesos e incluso negaciones durante el siglo XIX), la matriz clásica de la doctrina constitucional demoliberal, se inserta en versiones más o menos fuertes de la narrativa que antes habíamos identificado siguiendo la clasificación de Maurizio Fioravanti, como de individualismo revolucionario.

No obstante hay que verificar que éste no es el primer uso del término y que existen etimologías relacionadas que pueden rastrearse hasta la antigüedad clásica grecolatina como *politeia* que en uno de sus significados expresa los órganos de la *polis*, su función y vínculo con los distintos grupos sociales. De ahí que Aristóteles de Estágira, desarrollara un trabajo comparativo de las distintas constituciones o formas de organización de las *polis* de su época de la que apenas nos ha llegado alguna noticia a través de sus otras obras y contemporáneos. Un segundo significado de *Politeia* es el de la constitución mejor y más justa por enderezada al bien común que como es sabido, tanto Platón en la obra del mismo nombre, conocida en nuestra lengua como “La República”, como Aristóteles en “La Política” buscaron definir con diferencias significativas entre ellos el modelo

constitucional ideal⁴⁷, cuestión que no vamos a abordar aquí por economía de espacio.

Por otra parte, el desarrollo accidentado y problemático del constitucionalismo a partir de allí irá generando una teoría constitucional que acompañará los cambios históricos de la relación Estado –sociedad con las consiguientes variaciones de las prácticas del derecho constitucional explicadas por una serie de teorías que afectarán principalmente al concepto de constitución. En ese proceso, el concepto de constitución sufrirá transformaciones más o menos profundas que la alejan de la idea racional normativa. Esta relación entre teoría y práctica del derecho constitucional es la que debemos explicar brevemente aquí para ver los cambios en el concepto de constitución que fueron produciendo.

5.1 Conceptos de constitución y vicisitudes del constitucionalismo liberal

Para comprender dichos cambios seleccionamos algunos conceptos de constitución a los que vincularemos con los pensamientos políticos y contextos que les dan sentido:

a) Constitución jurídica formal: es un código superlegal, escrito, que establece los órganos del Estado, sus funciones, la forma de designar a las personas que ejercerán las mismas, y establece los derechos y las obligaciones de los miembros de la comunidad. Este concepto de constitución es de alguna forma la institucionalización del concepto racional normativo y el destaque de sus contenidos formales con menos carga valorativa y de forma más extensa que el recogido en el art. 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

b) Constitución real: Durante el siglo XIX, con la emergencia de la cuestión social y las tendencias a la organización de la clase trabajadora, el marco constitucional jurídico formal del liberalismo, así como su regulación privada a través del derecho civil de la relación fundamental de la sociedad industrial y urbana en expansión, es decir, la relación laboral, resulta demasiado

47 Sampay, Arturo. *Constitución y pueblo*. Cuenca. Buenos Aires. 1974. Pág. 5/18.

estrecha. Ella consagra una libertad de contratar, una igualdad ante la ley que resultan ser en la práctica opresivas para la clase trabajadora. En ese marco surgen las organizaciones políticas y sociales, uno de cuyos activistas y propagandistas Ferdinand Lassalle, a quien podemos ubicar ideológicamente como un socialista vinculado en la crisis de 1848 y derivaciones posteriores, a las ideas de Karl Marx y Fiedrich Engels, (aunque en tanto político práctico no las siguiera en forma ortodoxa). En esa coyuntura crítica se dedica a recorrer los foros de la clase trabajadora para explicar, ante las propuestas constitucionales de los liberales alemanes, la necesidad de una mirada sobria y realista acerca de las promesas de derechos y libertades que dicho liberalismo realizaba buscando el apoyo de las clases populares. Es en esa tarea que Lassalle acuña por oposición a la constitución jurídica formal, a la que califica como una “hoja de papel”, el concepto de “constitución real” que es definida muy claramente como aquella promovida e instrumental por y a los factores reales de poder operantes en la sociedad.

Dichos factores reales de poder son entendidos más en forma sociológica, histórica y política que en términos jurídico formales. Así, en los Estados alemanes de mediados del siglo XIX la constitución real estaba dada por las burocracias estatales, las clases terratenientes como los *junkers* prusianos, el ejército, la burguesía financiera y comercial, etc. De ahí que más allá de las declaraciones y derechos escritos (que ninguna eficacia tienen si no replican la estructura y son funcionales a la constitución real), para Lassalle la clase trabajadora y los sectores populares debían apuntar más que a una constitución jurídico formal escrita, a establecer una nueva constitución real para lo que debían organizarse política y sindicalmente en forma autónoma y siguiendo sus propios intereses e ideologías. Todo esto quedó recogido en el célebre texto tantas veces reimpresso y traducido “¿Qué es una constitución?”⁴⁸.

c) Constitución histórica: Desde la misma formulación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el racionalismo progresista del constitucionalismo, heredero de la filosofía de la ilustración, fue puesto en entredicho en nombre

48 Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Introducción de Franz Mehring. Siglo Veinte. Buenos Aires. 1987.

de la concreta manera de ser histórica de un pueblo que va sedimentando en una constitución consuetudinaria, de la que no se espera pretensión de rigor y sistematicidad, ni una arquitectura que funde desde la razón una nueva forma de Estado; sino que se base en las tradiciones, identidad y cultura, en definitiva como se dice, en la idiosincrasia de una nación o de un pueblo. En esta línea argumentaron los críticos conservadores de la revolución francesa contemporáneos a la misma, como Edmund Burke⁴⁹, y ya entrado el siglo XIX toda la escuela romántica alemana que influyó por ejemplo, en la escuela histórica del derecho para la que, a través de su vocero principal, Savigny, el derecho y por tanto a nuestros fines la constitución, deben ser el producto del *volksgeist*, del espíritu del pueblo.

d) Constitución como decisión existencial acerca de la forma de ser de la comunidad política: Ya entrando en el siglo XX, al calor de los conflictos y la irrupción de las masas en la República de Weimar (1919), desgarrada por la crisis social posterior a la Primera Guerra mundial que deviene en una crisis de representación de su sistema político, el jurista Carl Schmitt, realizará una crítica a la política parlamentaria demoliberal de los partidos políticos “moderados”. Ella será construida desde una comprensión de la política como antagonismo entre amigos y enemigos que se visualiza mejor en las circunstancias excepcionales en que surge un desacuerdo público e intenso acerca de la forma de la existencia política de la comunidad. Es en ese marco de pensamiento que formula el concepto decisionista de Constitución: la decisión fundamental acerca de la forma de ser de la comunidad política. En efecto, lo primero, lo constitutivo de la comunidad política es la decisión sobre la monarquía, la república o la democracia, sobre el carácter religioso o laico del Estado, sobre el régimen económico capitalista o comunista. Esta decisión sobre la forma del Estado es política y obedece a una situación de poder real ya que para tomarla el jefe político, o el grupo dominante o el pueblo como unidad homogénea y aclamadora, deben decidir. Una norma, nunca puede justificarse a sí misma, su validez se apoya en la voluntad existencial de quién la emite.⁵⁰

49 Sampay, op. cit. 16/17.

50 Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Ariel. Barcelona. 1982. Pág. 104.

Por lo tanto, esta decisión sobre la concreta manera de ser de la comunidad política no debe confundirse con la constitución escrita jurídica formal que en su *“Teoría de la Constitución”*, Schmitt llama “leyes constitucionales”, legítimas si están de acuerdo con la decisión fundamental y el cuadro o situación de poder concreto que la sustenta. El problema de la política parlamentaria de la República de Weimar, según Schmitt, es que en la deliberación y negociación de los partidos no generaba una decisión fuerte adecuada para el momento de crisis que le diera forma concreta a la comunidad política, unidad y homogeneidad al pueblo alemán, sino un conjunto de compromisos dilatorios que se expresaban en las formulas híbridas de la constitución de Weimar que no adoptaba la monarquía pero establecía un presidente, que no era ni capitalista ni socialista, sino “social”, etc. El decisionismo de Schmitt, en forma coherente con estos postulados, derivará en esos trágicos años hacia la adhesión y fundamentación del emergente movimiento del nacional socialismo y el III Reich alemán.

e) **Constitución dialéctica:** Contemporáneo y crítico de Carl Schmitt pero también de Hans Kelsen en esos años dramáticos, Herman Heller sostendrá que es tan impropio reducir el deber ser del derecho constitucional al ser o situación fáctica de poder como lo proponía Schmitt, como la operación inversa que disolvía la complejidad de la realidad estatal al deber ser jurídico constitucional. Ni una cosa ni la otra, la constitución para Heller es una constante relación entre la normatividad jurídica y la normalidad de la vida histórica y social. “Vida en forma, y forma nacida de la vida” tal la célebre definición de la constitución que esboza en su inconclusa *“Teoría del Estado”*⁵¹. Con ello quiere significar que la constitución jurídica destacada debe y puede ser interpretada o mutada en forma dinámica de acuerdo a las transformaciones que se producen en la normalidad social y en la valoración histórica de la comunidad. Por ello, y en esto Heller es precursor del neoconstitucionalismo, hay que comprender que la constitución contiene no sólo normas jurídicas sino también principios, que pueden ser interpretados a la luz de los cambios y las nuevas realidades o incluso de la normatividad

51 Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1984.

moral predominante dentro de la sociedad. De esta forma la constitución articula una dialéctica entre normatividad jurídica, normatividad moral y normalidad, facticidad o realidad histórico social, que la transforma en derecho constitucional que cambia al cambiar su interpretación y su puesta en práctica. Para captar esta dialéctica la teoría del Estado y de la constitución deben comprenderse en su conexión o arraigo a una situación histórico cultural de un pueblo. Heller también es recordado porque acuñó el termino “Estado social de derecho”, con el que significaba el nuevo tipo de constitucionalismo y de Estado democrático de compromiso social que debían superar las limitaciones del Estado liberal y los peligros del Estado totalitario y/o autoritario. Lamentablemente, la crisis de la República de Weimar y la emergencia del nazismo lo llevaron a un exilio en el que murió prematuramente, en Madrid y la España republicana de 1931, sin poder ver como sus ideas acerca de la constitución y el Estado social se generalizarían en la reconstrucción europea posterior a la Segunda Guerra mundial.

f) Constitución democrática deliberativa: En la concepción de Jürgen Habermas, madurada a lo largo de varias obras pero plasmada en su forma más completa y sistemática en *“Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”*⁵², en las sociedades demoliberales de la modernidad tardía, el derecho sólo puede fundamentarse en forma postconvencional. Esto quiere decir que ni la amenaza de autoridad, ni la costumbre y la tradición, ni la mera legalidad positiva formal sirven ya para fundar un derecho legítimo. La única posibilidad de legitimación es la fundamentación democrática deliberativa que viene dada por el principio de discurso (D): éste vendría a decir algo así como que deben presumirse legítimas las normas (morales o jurídicas) que pueden considerarse como producto de la deliberación de los propios obligados a obedecerlas. De este principio se derivan la fundamentación universalista de la ética discursiva para las normas morales (D1) y el principio democrático de fundamentación del derecho de una comunidad política (D2), o “principio democrático”, por el que son legítimas las normas jurídicas

52 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta. Madrid. 1998.

positivas que pueden entenderse como producto de la deliberación de los ciudadanos de una comunidad política, que por eso deben en principio, acatarlas. Para llegar a esta conclusión Habermas utiliza una metodología no histórica sino “reconstructiva” basada en la construcción de un modelo normativo a partir de la forma de entender el funcionamiento de la democracia y del Estado constitucional en la filosofía jurídica y política de la modernidad operante en las sociedades democráticas avanzadas. La constitución entonces es el nivel jurídico más importante donde se institucionalizan por un lado los derechos fundamentales que permiten a los ciudadanos su autonomía y participación en las deliberaciones públicas, y por otro lado, se establecen los procedimientos de participación que permiten una formación discursiva de la voluntad política y las decisiones estatales. Aquí es importante entender, que para Habermas, en una comprensión postmetafísica y postconvencional de la soberanía popular, el pueblo ya no puede entenderse como una entidad colectiva realmente existente y mucho menos homogénea. Todo lo contrario, la soberanía popular como consenso que fundamenta las decisiones políticas y el contenido del derecho positivo debe entenderse como la institucionalización de procedimientos de participación y deliberación públicas. Empezando por una amplia libertad asociativa y de participación, reunión, organización en la esfera de la sociedad civil autónoma a través de movimientos sociales y organizaciones sin fines de lucro, donde se genera un “poder comunicativo”, luego en todas las instancias estatales empezando por las más conectadas con la opinión pública y la sociedad civil y por lo tanto a un plano fundamentador, como las constituyentes y parlamentarias donde la deliberación juega un papel fundamental, pero también a nivel gubernamental a través de la apertura de las políticas públicas a la consulta y participación ciudadana y en el poder judicial en la aplicación del derecho vigente a través del proceso judicial que en sí mismo institucionaliza un proceso de formación discursiva y deliberativa de las normas particulares a aplicar a casos y situaciones concretos: las discusiones sobre los derechos invocados, el derecho aplicable, los hechos y las pruebas en forma contradictoria (acusación, defensa, conciliación, publicidad y fundamentación de las sentencias, etc.).

Por lo tanto, en Habermas la constitución de la democracia deliberativa sería la institucionalización en normas y principios del más alto nivel jurídico, de los derechos fundamentales y de los procedimientos deliberativos para la formación discursiva de los contenidos del derecho democráticamente legítimo que vinculan a los sistemas político- administrativos y económicos.

g) Constitución simbólica: Por nuestra parte y situándonos en la realidad histórica latinoamericana, constatamos que los modelos constitucionales adoptados en nuestra región generalmente no tienen un vínculo histórico y orgánico con nuestras sociedades, ubicadas en la modernidad periférica y atravesadas por profundas desigualdades sociales que hundan sus raíces en la situación colonial, que no han sido del todo superadas aún en la actualidad, existiendo situaciones remanentes de colonialismo interno y racismo más o menos explícitas según los distintos cuadrantes de Nuestra América. Es decir, la formación política latinoamericana, con matices nacionales muy notorios por supuesto, exhibe la pervivencia de una matriz de colonialidad del poder⁵³ recubierta por modelos constitucionales modernos inspirados en instituciones euro norteamericanas relativamente ineficaces en nuestro contexto. El diagnóstico de la teoría constitucional demoliberal imputa esta distancia entre constitución jurídica formal y las prácticas institucionales realmente existentes, al subdesarrollo económico y político y la carencia de una cultura cívica en la población, dejando a salvo la adecuación y “perfección” de los modelos constitucionales a nuestra compleja realidad.

Por el contrario, nosotros creemos que en realidad los modelos constitucionales que no toman en cuenta la matriz de colonialidad del poder y las desigualdades sociales que de él surgen, son relativamente inadecuados para nuestro contexto de desigualdades y pluralismo jurídico.

La constitución y el constitucionalismo siempre han intentado reducir esta complejidad a través de una medida general, la igualdad jurídica, que además en la etapa de Estado social puede ser especificada y adaptada, para no transformarse en un

53 Quijano, Anibal. *La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina*. En: Lander, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. CLACSO-UNESCO. Buenos Aires. 2000.

“lecho de Procusto”, a diferencias y situaciones sociales que así lo requieran y a las que resultaría injusto y/o contrario al interés general, aplicarles la misma vara: los trabajadores, las mujeres, la discapacidad, los consumidores y usuarios de servicios públicos esenciales, la niñez-adolescencia, etc. Sin embargo, en contextos de profundo arraigo de una trama abigarrada de desigualdades sociales de clase, etnia, género, cultura, que se solapan de formas complejas, la constitucionalización de distintas generaciones de derechos y la prescripción constitucional de políticas y medidas de acción positiva para generar una igualdad real de oportunidades, como es típicamente el caso del constitucionalismo latinoamericano reciente, (pensemos en las constituciones de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de Argentina de 1994, entre otras), ha tenido relativa ineficacia.

Este fenómeno ha sido denominado como “Constitucionalización Simbólica”⁵⁴. Debemos comenzar precisando el significado de lo que se califica como simbólico. Podemos definir lo simbólico en general, como la operación de desplazamiento de un sentido manifiesto (denotativo) hacia un sentido latente (connotativo) que termina preponderando sobre el anterior. Aplicado este significado a las normas jurídicas es necesario considerar que éstas tienen una dimensión simbólica. Especialmente las de nivel constitucional. La función simbólica es igual o más fuerte que la función jurídica regulativa y una falta de fuerza simbólica erosiona la función regulativa. Puede decirse entonces que puede haber una relación orgánica o equilibrada o funcional entre función simbólica y función regulativa de la normatividad jurídica.

Pero el supuesto que propone Marcelo Neves es el de la hipertrofia o desproporción de la función simbólica respecto a la función normativa ya que la insuficiente concreción normativa del texto constitucional se vincula a su función predominantemente político ideológica, en cuanto expresión de una determinada imagen del Estado legitimadora de las relaciones de poder (o como vimos, de la constitución real). La ineficacia normativo-jurídica de los dispositivos constitucionales referentes a la “libertad”, “igualdad” y “participación”, se conjuga con la función simbólica del discurso constitucionalista, encubriendo la estrecha vinculación de la estructura estatal, cuando es colonizada

54 Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Editora Acadêmica. Sao Paulo. 1994.

o influenciada por poderes e intereses económicos y culturales corporativos, con el sostenimiento y encubrimiento por omisión o por acción de las desigualdades sociales.

En un contexto complejo de pluralismo socio jurídico y asimetrías de todo tipo, la ineficacia y disfuncionalidad de la normatividad jurídica, puede eventualmente reforzar la eficacia y funcionalidad del campo económico, político, de la esfera religiosa, y de los grupos e intereses dominantes en los mismos. *“Es en ese sentido que la ineficacia generalizada de los dispositivos constitucionales referentes a la igualdad, libertad, y participación, aunque suponga no funcionalidad normativa-jurídica de la Constitución, se compatibiliza con la función político-ideológica del discurso constitucionalista. En el caso de la constitución simbólica se observa que, cuanto mayor es la ineficacia de la Constitución en términos de su función normativo-jurídica, tanto más intensa se hace su función político-ideológica....en este caso se puede hablar de la “superexplotación” del derecho por la política”⁵⁵.*

Si tomamos ahora la perspectiva de los grupos sociales en sus relaciones de desigualdad y asimetría respecto a los estándares normativos constitucionales de “igualdad jurídica” y de “igualdad/diferencia”, verificamos situaciones de sobreintegración o sobreciudadanía, y de subintegración o subciudadanía, donde, más allá de la titularidad simbólica de derechos, la relativa ineficacia y disfuncionalidad hace que las personas y grupos estén por encima o por debajo de los estándares de igualdad / diferencial constitucional.

Por el lado de la subciudadanía, se generalizan situaciones en las que existen obstáculos económicos, sociales y culturales difíciles de sortear para acceder a los bienes jurídicos, derechos y garantías que *a priori*, el ordenamiento jurídico les asigna a los grupos sociales subciudadanos. Sin embargo, los subciudadanos no están excluidos, su vinculación se da a través de los deberes y las responsabilidades impuestas por el aparato coercitivo estatal, especialmente su poder punitivo. Los derechos constitucionales no desempeñan un rol significativo en su horizonte de experiencia y de acción. Para la experiencia de los subciudadanos, los dispositivos jurídicos tienen relevancia en sus aspectos

55 *Ibidem.* Pág. 132.

constrictivos, son integrados al sistema normalmente como sospechosos, deudores, ocupantes ilegales, imputados, delincuentes, clientes políticos, etc.; no como poseedores de derechos y ciudadanía.

La subintegración/subciudadanía es la otra cara de la sobreintegración/sobreciudadanía de los grupos privilegiados, quienes tienen capacidad de acceder, influenciar e incluso en ocasiones colonizar los aparatos de Estado y desplegar acciones bloqueadoras de la normal reproducción del sistema jurídico, es decir, aquella que se despliega de acuerdo a la totalidad del programa constitucional. Los sobreciudadanos utilizan regularmente el texto constitucional en los aspectos favorables a sus intereses y/o para protección del “orden social”. Pero al mismo tiempo, la constitución es dejada de lado en la medida en que impone límites a su esfera de acción económica y política. *“Aquella no actúa, pues, como horizonte jurídico político de acción y experiencia de los “dueños del poder”, sino más bien como una oferta que, conforme a la eventual constelación de intereses, será usada, desusada o abusada por ellos. Siendo así, la garantía de la impunidad es uno de los rasgos característicos de la sobreciudadanía”*⁵⁶.

Desde esta perspectiva, uno de los mayores problemas del constitucionalismo poscolonial latinoamericano en contextos de desigualdades fácticas y complejidades dadas por el pluralismo sociocultural, es que los principios del Estado de derecho de indisponibilidad e igualdad del y ante el derecho, están presentes de forma segmentada y discontinua. En el contexto de sobreciudadanía y subciudadanía, la constitución es aplicada sólo en los aspectos que no comprometen seriamente a los intereses de los grupos privilegiados. Detrás de la no identificación de la constitución, por parte de los grupos subciudadanos, como núcleo de sentido de las prácticas sociales, se encuentra la identidad de la realidad constitucional con las clases y grupos privilegiados, de tal manera que la institucionalización y garantía de los derechos humanos es estructuralmente perturbada. *“La acción y*

56 Neves, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social. El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. En: García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A. (Eds.) Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. ILSA. Bogotá. 2003. Pág. 278

experiencias normativas del sobreciudadano y del subciudadano producen una implosión de la Constitución como orden básico de la comunicación jurídica”⁵⁷.

En ese marco, las condiciones de superación de los límites constitucionales ocurren cuando grupos hegemónicos o simplemente factores de poder e intereses económicos con capacidad de influencia o veto, encuentran en el programa constitucional y los derechos humanos, obstáculos a sus intereses de cierta magnitud, que frenen o amenacen dicha hegemonía o dichos intereses. De ahí la búsqueda de medios para la remoción de los obstáculos constitucionales, que, para Luiz Fernando Coelho, pueden resumirse en cuatro procesos básicos que conocemos en la historia constitucional de nuestra región: golpe de Estado, cooptación de los órganos judiciales, la hermenéutica constitucional conservadora y la modificación del concepto de constitución.⁵⁸

57 Ibidem. Pág. 279.

58 Coelho, Luiz Fernando. *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*. Juruá Editora. Curitiba. 2006.

6. Ejercicios

1. Explique qué significa decir que el Estado de derecho es un concepto histórico.
2. Investigue: ¿qué características tenía el derecho antes del surgimiento del Estado moderno en Europa Occidental?
3. Elija algún derecho o garantía y explique cómo varía en una cultura de los derechos historicista, individualista revolucionaria y estatalista. Fundamente su elección, su respuesta y sintetice todo en un cuadro de doble entrada.
4. Identifique en nuestra Constitución Nacional al menos tres normas que por su contenido puedan ubicarse en la tradición política democrática, republicana y liberal. Justifique su elección.
5. Diseñe un cuadro comparativo de doble entrada donde muestre las diferencias entre Estado liberal de derecho y Estado social de derecho.
6. Elija algún momento de la historia política e institucional argentina y relacione con alguno de los conceptos de constitución explicados. Fundamente su elección y el concepto de constitución relacionado.

7. Bibliografía

- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Prólogo de Rafael Agapito Serrano. Trotta. Madrid. 2000.
- Coelho, Luiz Fernando. *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*. Juruá Editora. Curitiba. 2006.
- Díaz, Elías. Legitimidad y legalidad en el socialismo democrático. Civitas. Madrid. 1997.
- Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Trotta. Madrid. 1996.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta. Madrid. 1998.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1984.
- Herrera, Carlos Miguel. *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*. Introducción de Franz Mehring. Siglo Veinte. Buenos Aires. 1987.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid. 1999.
- Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Editora Académica. Sao Paulo. 1994.
- Neves, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social. El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. En: García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A. (Eds.) *Derecho y sociedad en América Latina*. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. ILSA. Bogotá. 2003.
- Quijano, Anibal. *La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina*. En: Lander, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*.

Perspectivas Latinoamericanas. CLACSO-UNESCO. Buenos Aires. 2000.

Sampay, Arturo. *Constitución y pueblo*. Cuenca. Buenos Aires. 1974.

Sánchez Viamonte, Carlos. *Los derechos del hombre en la revolución francesa*. Prólogo de Mario de la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1956.

Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Ariel. Barcelona. 1982.

NEOCONTRACTUALISMO



1. Rawls y la justicia como imparcialidad

1.1 Introducción

En 1971 Rawls publica su obra principal: *Teoría de la Justicia*. La misma causó cierto revuelo en el ámbito de la filosofía política, al punto tal que fue reiteradamente comentada y criticada por distintos autores pertenecientes a corrientes doctrinarias diversas. Entre los cuales podemos destacar al liberalismo conservador (principalmente representado por la obra de Robert Nozick: *Anarquía, Estado y Utopía*), a feministas, marxistas y comunitaristas.⁵⁹

Las críticas y comentarios a *La Teoría de la justicia* hicieron que Rawls fuera modificando algunos aspectos de la misma en diversos trabajos, clases y conferencias que finalmente se plasmaron en otros libros, entre los más relevantes pueden mencionarse a: *El liberalismo político* y *La justicia como equidad*.⁶⁰

1.2 La estructura básica

El primer aspecto que debe destacarse de la teoría de Rawls es que pretende desarrollar una doctrina que dé sustento

59 Para una explicación de dichas doctrinas puede consultarse: Gargarella, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls*. 1ª ed. España, Paidós, 1999.

60 En adelante, y para el desarrollo del presente capítulo, tomamos en cuenta la obra principal de John Rawls: *A theory of justice*. Ed. revisada de la 1ª ed, 6ª reimp., EEUU, Harvard University Press, 2003. tomando en consideración en las modificaciones posteriores realizadas en *Liberalismo político*. 1ª ed. 4ª reimp, México, Fondo de Cultura Económica, 2003; y, principalmente en *La justicia como equidad. Una reformulación*. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Paidós, 2004

a instituciones democráticas, y que al mismo tiempo sirva como alternativa al intuicionismo y, sobre todo, al utilitarismo (un “enemigo” permanente a lo largo de toda su obra).

Comienza preguntándose ¿qué principios de justicia son compatibles con una sociedad integrada por individuos con concepciones comprensivas religiosas, filosóficas o morales diferentes, cuando no incompatibles entre sí?

Para responder a dicha pregunta, empieza a estructurar *la justicia como imparcialidad* concibiendo a la sociedad como un *sistema equitativo de cooperación social a lo largo del tiempo*, de una generación a la siguiente. Considera, entonces, que los miembros de una sociedad pueden beneficiarse por formar parte de la misma, pero también deben cumplir con determinadas obligaciones que la misma les impone. Por consiguiente, la discusión sobre los principios de justicia que deben regir a una sociedad, refiere a la forma en que van a ser distribuidos los derechos y las cargas que surgen como consecuencia de formar parte de la misma. Para llegar a tal concepción de sociedad recurre a otras dos ideas fundamentales: la idea de los ciudadanos como personas *libres e iguales*; y la idea de *sociedad bien ordenada*, esto es, de una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de justicia, que tenga un significativo grado de acatamiento.

Dentro de éste marco, la concepción de justicia de Rawls, pretende ser aplicable sólo a la *estructura básica de la sociedad*, es decir, al modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social y a la forma en que asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas y las cargas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo (ej. formas legalmente reconocidas de propiedad, la estructura de la economía, etc.).

La justicia como imparcialidad hace de la estructura básica el objeto principal de la justicia política, de modo tal que no puede concebírsela como una doctrina religiosa, filosófica o moral comprensiva, esto es, una doctrina que se aplique a todos los objetos y comprenda a todos los valores. Los principios de *la justicia como imparcialidad* regulan la estructura básica por lo que no se aplican directamente a las instituciones y asociaciones dentro de la sociedad. Las empresas, sindicatos, Iglesias, Familias, Universidades están limitadas por las

constricciones puestas por los principios de justicia, pero estas constricciones surgen indirectamente (ejemplifica la explicación del siguiente modo: en una sociedad pluralista, aunque las iglesias pueden excomulgar los herejes, no pueden quemarlos). En general, los principios para la estructura básica limitan, pero no determinan unívocamente, los principios propios de la justicia local (los principios que se aplican directamente a las asociaciones, instituciones y personas en sus relaciones).

Que la teoría de la justicia propuesta por Rawls se aplique en forma exclusiva a la estructura básica de la sociedad y no a las cuestiones de justicia local es lo que permite concluir, según dicho autor, que dicha doctrina no es una doctrina comprensiva. Tal argumento resulta trascendental para sortear el primer obstáculo presentado por la pregunta inicial ¿qué principios de justicia son compatibles con una sociedad integrada por individuos con concepciones comprensivas incompatibles entre sí? Promover una concepción política de justicia enmarcada en una doctrina comprensiva lleva, necesariamente, a la opresión de aquellas doctrinas incompatibles con la oficial (tal como ha sucedido a lo largo de gran parte de la historia de la humanidad). Para evitar tal cuestión, concluye Rawls, debe promoverse, un sistema de distribución de derechos y obligaciones aplicables sólo a la estructura básica y, luego, el mismo debe ser compatible, cuanto menos en el nivel que pretende aplicarse, con las diferentes doctrinas que conviven en una sociedad democrática.

1.3 La posición original

Hasta aquí sabemos que se pretenden encontrar principios de justicia que sean compatibles con una sociedad caracterizada por un pluralismo razonable y que, para ello, los principios de justicia política deben aplicarse exclusivamente a la estructura básica de la sociedad. El paso siguiente es el de determinar el mecanismo por el que se van a establecer los principios de justicia que van a regir a dicha sociedad. La inclinación habitual de las distintas doctrinas comprensivas es recurrir a Dios, la religión, alguna concepción moral, el derecho natural, etc. Por el contrario, Rawls considera que ninguna de estas respuestas es adecuada, pues estima que la forma correcta para establecer los

términos equitativos de la cooperación social es mediante un acuerdo alcanzado por todos los que participan en ella.

Nuevamente, el motivo de optar por dicho mecanismo para la determinación de los principios de justicia, responde a la pluralidad de concepciones comprensivas vigentes en una sociedad democrática. En ella, los ciudadanos no pueden convenir en ninguna autoridad religiosa o moral, o en un orden moral de valores o en los dictados del derecho natural, pues, dado el pluralismo razonable, siempre existirían grupos cuya concepción de justicia entraría en contradicción con la estatal, de modo que para sostener una concepción tal de justicia política deba recurrirse a la opresión.

Ahora bien, la aceptación de la tradición contractualista está lejos de ser pacífica, entre otras cuestiones por la siguiente: se sabe que, en las negociaciones y en los acuerdos, es frecuente la falta de igualdad entre las partes ya que existen personas que se encuentran en una posición de mayor fuerza o ventaja que otras, viéndose por lo tanto, restringida la posibilidad de llegar a un acuerdo justo a causa de la asimetría en que se encuentran las partes.

A modo de ejemplo: si una sociedad dada, actualmente, pretende acordar los términos de cooperación por los cuales se van a determinar los derechos y las obligaciones de sus miembros, indudablemente, existen algunos de ellos con más privilegios que otros (blancos sobre negros, hombres sobre mujeres, ricos sobre pobres, empresarios sobre trabajadores, etc.) que van a impedir que se llegue a un acuerdo equitativo.

Entonces, para que el pretendido acuerdo se genere bajo las condiciones adecuadas, que requieren situar simétricamente a personas libres e iguales (sin permitir que algunos puedan negociar con los demás desde posiciones no equitativas de ventajas y excluyendo cualquier medio que tenga que ver con amenazas de fuerza y coerción, engaño y fraude) se recurre a la idea de *la posición original*. En la misma, a los participantes del acuerdo, se aplica lo que Rawls denomina un *velo de ignorancia* por el que se impide que los mismos conozcan las posiciones sociales, las doctrinas comprensivas particulares, el grupo étnico, el sexo, las dotaciones innatas, como la inteligencia, suyas y de sus representados. Así se logra evitar que las desigualdades que fueron resultado de los procesos socio-históricos distorsionen los

términos del pacto y, por otro lado, se asegura que las decisiones tomadas por los miembros sean imparciales ya que los sujetos no van a estar influenciados por los intereses de un grupo en particular.

A las doctrinas contractualistas se le formulan otras objeciones: ¿Alguno de nosotros participó alguna vez de un pacto social? ¿Podemos encontrar dicho pacto escrito y firmado en algún lugar? Entonces ¿En algún momento, se suscribió dicho pacto? ¿Podrían los miembros actuales de una sociedad arribar a un acuerdo tal? Es claro que nunca, hasta donde se tiene conocimiento, los miembros de una sociedad se obligaron mediante un contrato destinado a fijar principios de justicia que rijan la vida política de la misma. Dado que nunca hubo tal acuerdo y que ninguno de nosotros suscribió contrato alguno, no existen cláusulas que sean exigibles para nadie, entonces ¿por qué preocuparse por el contenido de cláusulas que no nos obligan? Rawls, conciente de estas cuestiones, afirma que en rigor de verdad dicho acuerdo es *hipotético*, porque preguntamos ¿qué podrían acordar las partes, o qué acordarían?; *no histórico*, porque no supone que el acuerdo se haya alcanzado alguna vez o que pudiera alcanzarse alguna vez realmente. Por tal motivo, los argumentos antes esgrimidos parecen preocuparle poco, pues para él dicho mecanismo es un experimento mental que puede ser útil para constatar si determinados principios de justicia propuestos son justos o no.

Retomando la pregunta inicial, dentro de las sociedades actuales, un hecho permanente que encontramos en las mismas es la pluralidad de visiones religiosas, filosóficas y morales encontradas, no obstante lo cual, esto no debe ser un obstáculo para arribar a una concepción política compartida por dichas personas (una especie de acuerdo sobre mínimos respecto de las esencias constitucionales).

1.4 Consenso entrecruzado

Dicho fenómeno, que venimos denominando *el hecho del pluralismo razonable*, implica que no existe en una sociedad una única doctrina comprensiva en la que se pongan o puedan ponerse de acuerdo para dejar sentadas las cuestiones fundamentales de la justicia política, y que a pesar de la pluralidad de

doctrinas, las mismas pueden convivir en el marco de una doctrina política que sea aceptada por todos. Así, en una sociedad bien ordenada la concepción política es afirmada a través de lo que llama un *consenso entrecruzado razonable*. Con ello se pretende reafirmar lo dicho, es decir, que la concepción política es apoyada por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables, aunque incompatibles.

Resulta evidente que en una sociedad con las características señaladas, si el Estado pretende basar sus principios de cooperación social en una concepción comprensiva, dicho cometido sólo se puede lograr mediante una imposición opresiva de la fuerza incompatible con la democracia y, dado que en un régimen democrático no puede utilizarse el poder del Estado para erradicar la diversidad, es necesario recurrir a una concepción política de justicia que sea capaz de ganarse el apoyo de un consenso entrecruzado razonable que sirva de base pública de justificación.

Según Rawls, *la justicia como imparcialidad* goza de tres características que permitirían concluir en un consenso entrecruzado que contenga a diferentes visiones comprensivas: sus exigencias se limitan a la estructura básica de la sociedad, su aceptación no presupone ninguna visión comprensiva particular y sus ideas fundamentales son familiares y proceden de la cultura política pública.

1.5 Los principios de justicia

En este contexto, el paso siguiente es el de determinar los principios de justicia destinados a regir los derechos y libertades y a regular las desigualdades sociales. Para ello, el autor propone dos principios:

a) *Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a una esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos (principio de libertad), y ;*

b) *Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones:*

- *en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad*

equitativa de oportunidades (principio de igualdad equitativa de oportunidades);

- en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (principio de diferencia).

El orden de la enunciación pretende reflejar una primacía del primer principio respecto del segundo, lo cual implica que el segundo principio debe aplicarse dentro de un marco institucional que respete el primero. Es decir, una libertad básica sólo puede sacrificarse en aras de otra libertad básica y nunca para proteger intereses económicos de la sociedad o de algún individuo en particular. Por otro lado, dentro del segundo principio, el principio referido a la igualdad equitativa de oportunidades es previo al principio de diferencia. Esta prioridad significa que, al aplicar un principio (o al ponerlo a prueba en los casos difíciles), se asume que los principios previos están plenamente satisfechos.

El primer principio establece el derecho de cada persona a gozar de un esquema de libertades básicas que sea compatible con el ejercicio de un esquema similar de libertades para todos. Dicho principio es precedido por una precondition que dispone que deben quedar satisfechas las necesidades materiales básicas para poder hacer un ejercicio adecuado de las libertades. Luego se ensaya una lista de libertades que incluyen las siguientes: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; libertades políticas (derecho al voto y a participar en política) y libertad de asociación, así como derechos y libertades determinados por la libertad y la integridad (física y psicológica) de la persona; y finalmente los derechos y libertades amparados por el imperio de la ley.

La igualdad equitativa de oportunidades no debe ser sólo formal, sino que requiere de la posibilidad real e igualitaria de acceder a cargos públicos y a posiciones sociales entre quienes compartan similares dotaciones innatas y talento y la inclinación y voluntad personal para hacer uso de las mismas.

Pongamos un ejemplo: imaginemos que existe una vacancia en un cargo gerencial de una empresa, para el cual encontramos a dos aspirantes. Si estas dos personas tienen la misma capacidad en, supongamos, gestión empresarial, deberían tener

la misma posibilidad real de acceder al citado cargo independientemente de su sexo, etnia, religión, inclinación sexual, etc. Ahora bien, para que la igualdad en el acceso al cargo sea exigible, también resulta necesario que dichas personas hayan dispuesto de modo similar de sus dotaciones y capacidades. Pues, si mientras una de dichas personas se ha preocupado por utilizar su tiempo libre para perfeccionarse técnicamente y, a lo largo de su vida ha optado por trabajar más tiempo a fin de avanzar en el campo profesional, y el otro prefirió trabajar lo justo y necesario para poder vivir y destinar su tiempo libre para tocar la guitarra, actividad que le genera un significativo placer, sin lugar a dudas, éste último no podría impugnar el acceso de la primera persona al cargo con el argumento de que se le ha violado el principio de igualdad de oportunidades.

Avancemos ahora sobre el principio de diferencia (aquel que admite las desigualdades siempre y cuando conlleven beneficios para los menos aventajados), surge la pregunta respecto de ¿quienes son los menos aventajados? La respuesta correcta sería que son los que pertenecen a la clase de ingreso con las expectativas más bajas. Por lo que decir que las desigualdades de ingreso y riqueza han de disponerse para el mayor beneficio de los menos aventajados significa que ante distintos esquemas de distribución del ingreso debe elegirse aquel en que los menos aventajados estén mejor que en cualquier otro.

Un ejemplo numérico servirá para aclarar la cuestión:

| | Grupo A | Grupo B | Total |
|------------------|----------------|----------------|--------------|
| Esquema 1 | 100 | 100 | 200 |
| Esquema 2 | 120 | 110 | 230 |
| Esquema 3 | 115 | 140 | 255 |
| Esquema 4 | 90 | 170 | 260 |

El ejemplo describe una sociedad x, compuesta por dos grupos (A y B) en donde existe la posibilidad de aplicar cuatro esquemas de distribución que mediante un número reflejan lo que recibiría cada grupo. De acuerdo al principio de diferencia, el que debe seguirse es el esquema 3, pues allí el grupo menos aventajado se encuentra en mejor posición (115), a pesar de que en 4 los beneficios globales son mayores (260 frente a 255) y en 1 y 2 las desigualdades son menores. El utilitarismo se inclinaría

por el esquema 4, que es el que mayores utilidades medias produce, en tanto que el esquema más igualitario es el 1.

Este principio es duramente criticado por el liberalismo conservador. La discusión entre éste último y el liberalismo de tipo igualitario de Rawls se centra en la cuestión de la propiedad o no de las capacidades. El liberalismo conservador eleva como derecho fundamental la autodisposición del cuerpo de cada persona. El Estado no podría tomar medida alguna que afecte dicha libertad siquiera en lo más mínimo, caso contrario nos encontraríamos ante un Estado opresor. Por lo tanto, las habilidades innatas de los más beneficiados en la distribución natural de capacidades no pueden ser apropiadas por el Estado para distribuir los beneficios de las mismas entre los que poseen capacidades inferiores. Con el fin de graficar la situación podríamos exponer un ejemplo, propuesto por Nozick: Supongamos que en una sociedad dada existen algunas personas que han tenido la desgracia de nacer ciegos, pero gracias a la tecnología, mediante un trasplante de ojos podrían recuperar la vista. ¿Sería justo obligar a alguno de los que poseen dos ojos y, por consiguiente, gozan de buena vista a que donen un ojo para los ciegos puedan ver?⁶¹ Un Estado que imponga dicha obligación sería, sin lugar a dudas, un Estado opresor que violaría el derecho de autopropiedad. Pero ¿qué diferencia, continúa, existe entre obligar a alguien a entregar un ojo y obligarlo a poner sus capacidades a disposición de los menos aventajados? ¿Cuál sería el justo límite que debe imponerse a la actuación del Estado? Nozick es conciente de que la teoría propuesta por Rawls resulta aplicable sólo a la estructura básica de la sociedad y no a casos de justicia local, micro ejemplos. Empero, no comparte la postura de Rawls, pues cree que para que una teoría sea consistente debe resistir, también, las pruebas aportadas por *microsituaciones*.⁶²

Por el contrario, Rawls, al justificar el principio de diferencia, toma a las dotaciones innatas como un activo común, pues se considera que no existe un merecimiento moral respecto del lugar que ocupamos en la distribución de las capacidades, pues, nadie ha hecho méritos morales para nacer con buena vista o ciego, ni inteligente u obtuso, ni hábil o torpe, ni fuerte o

61 Nozick, Robert; *Anarchy, State and Utopia*. 1ª ed, 13ª reimp., Oxford, Gran Bretaña, Blackwell Publishers, 1999.

62 Ibídem. Pág.. 204-205.

débil por lo que no resulta justo que los beneficios de dichas capacidades privilegien exclusivamente a sus titulares, antes bien, urge tomarlas como un activo común. Pero, para sortear la crítica antes desarrollada, se afirma que de lo que puede disponer el Estado es de los beneficios obtenidos por dichas capacidades y nunca de las capacidades mismas.

1.6 Regla maximin

Sin embargo, con la “determinación” de los principios de justicia no termina la cuestión, sino que resulta necesario buscar fundamentos por los cuales se elegirían esos principios. ¿Por qué no optar por otro principio? Para ello, Rawls compara los principios propuestos por *la justicia como imparcialidad* y el principio de diferencia con el principio de utilidad media, que se inclina por lograr el mayor bien agregado a todos sus miembros.

Para demostrar la preferencia de los principios desarrollados por *la justicia como imparcialidad* por sobre el de utilidad media (o cualquier otro que quiera utilizarse), recurre a la regla *maximin* (*maximum minimorum*). Mediante la misma se afirma que deben detectarse los peores resultados posibles de cada alternativa y dentro de ellos debe optarse por el más beneficioso.

En aplicación de dicha herramienta, si comparamos los principios de justicia propuestos por Rawls y por el utilitarismo, los participantes de una discusión sujetos al velo de ignorancia optarán por los principios del primero. El utilitarismo podría permitir violaciones a derechos y libertades básicas que dentro del esquema de Rawls no son negociables. Imaginemos la siguiente situación: en una sociedad existe una minoría étnica A muy poco numerosa. El resto de los miembros de la sociedad, pertenecientes a otra etnia, B, deciden esclavizar a los primeros, tal decisión les genera un grado de bienestar muy alto, a punto tal que es superior al bienestar arrebatado al grupo explotado. El utilitarismo podría llegar a justificar tal medida, en tanto que el liberalismo rawlsiano la rechaza por completo. Sigamos ejercitando nuestra imaginación, ahora estamos en la posición original, bajo el velo de ignorancia, no sabemos a cual de los dos grupos étnico pertenecemos y tenemos que decidir si la sociedad de la que formamos parte va a permitir la esclavitud, y en particular la de la etnia A. Si no sabemos a cual de los dos grupos

pertenecemos, ¿nos arriesgaríamos a permitir la esclavitud del grupo A, bajo la posibilidad cierta de que formemos parte de dicho grupo, todo para especular con la posibilidad de que tengamos un esclavo a nuestra disposición? Aquí es donde la regla *maximin* nos lleva a optar por la mejor entre las peores alternativas, en el caso particular, rechazar la esclavitud.

Sin embargo, las comparaciones no terminan allí, alguien podría proponer mantener la vigencia del primer principio de justicia y dentro del segundo principio reemplazar el principio de diferencia por el de utilidad media. Así se dejarían a salvo las libertades básicas. Nuevamente, si utilizamos la citada regla, observaremos la superioridad del principio de diferencia por sobre el de utilidad. Para ello volvamos a los esquemas numéricos antes propuestos. Dijimos que el esquema 4 sería compatible con el principio de utilidad media, ya es el que mayor bienestar promedio logra, con un total de 260. Sin embargo la regla *maximin* nos lleva a rechazar dicho esquema ya que los peores resultados de los otros tres esquemas son aun mejores que lo obtenido por el grupo A en el esquema 4 (90). Si seguimos comparando, podremos observar que el grupo menos aventajado en el esquema 3 (el grupo A con 115) se encuentra mejor situado que los grupos menos aventajados de los esquemas 1 y 2 (tanto el grupo A y B del esquema 1 con 100, como el grupo B del esquema 2, que logra obtener beneficios por una suma de 110). Por lo tanto, si optamos por utilizar la regla *maximin* seleccionaremos el esquema 3.

Intentemos otro ejemplo. Proyectemos una sociedad con grandes desigualdades, pero con una producción media muy alta. En ella la gran mayoría de sus miembros se benefician del bienestar obtenido como consecuencia del permanente crecimiento económico logrado gracias a la cooperación social. Sin embargo existe un grupo minoritario (grupo A) desplazado de los beneficios, a punto tal que se podrían llegar a considerar a quienes forman parte del mismo como personas pobres, ya que el dinero que obtienen no les alcanza para vivir con dignidad y a varios de ellos les cuesta conseguir un empleo. No obstante lo cual los sacrificios que deben afrontar permiten gozar de una economía fuerte, con gran crecimiento, que beneficia claramente al grupo mayoritario (grupo B) de los más aventajados. Supongamos que esto sea consecuencia del modelo económico

aplicado, “exitoso” por cierto (cuanto menos para el grupo mayoritario), que demuestra que para que una economía sea próspera debe existir un nivel de desempleo mínimo (cercano al 3%), por lo tanto, existe un 3% de la población que deberá sacrificarse en aras del bienestar del otro 97%, siendo los beneficios logrados por este grupo directamente proporcionales a los perjuicios que debe afrontar el primer grupo (es decir, mientras más se beneficia el grupo B, más se perjudica el grupo A). A dicha sociedad (mejor dicho, al grupo mayoritario de la misma), aplicando una doctrina utilitarista, le parece justo el modelo en cuestión, ya que el bienestar que logra el grupo B, es muy superior al malestar causado al grupo A. Por el contrario a Rawls, en aplicación del principio de diferencia, dicho modelo le parecería injusto, pues nunca el grupo más aventajado se puede beneficiar a costa del menos aventajado.

Ahora bien, ¿qué es lo que lleva a Rawls a proponer la regla *maximin* como el mecanismo que elegirían las personas en la posición original? Como ya adelantamos lo que llevaría a las personas a elegir el mejor resultado dentro de los posibles peores es asegurar sus intereses fundamentales, inclinados por cierta aversión a la incertidumbre. Es decir, dentro de la posición original, en que se desconocen ciertos datos, ante la posibilidad de elegir un principio, como el de utilidad, que permitiría que los derechos y libertades básicos de algunos sean restringidos en aras de un mayor beneficio para otros (o que un grupo obtenga ganancias a costa de otro) y elegir otro principio que asegure un nivel de derechos y garantías satisfactorio (como los de *la justicia como imparcialidad*), dado que nadie se arriesgaría a poner en juego sus intereses fundamentales para aventurar una solución más beneficiosa, lo razonable es que se opte por la última alternativa.

Por lo expuesto, Rawls considera que su teoría, y por lo tanto los principios de justicia propuestos, resultarían aceptados por todos los miembros de una sociedad democrática independientemente de sus concepciones morales, religiosas o filosóficas.

2. El debate sobre el rol del Estado

Más allá de la pluralidad de doctrinas que participaron en las críticas a la teoría de Rawls, en el marco tiempo-espacial en que se publica *La teoría de la justicia* (Estados Unidos, en 1971), se produce una particular discusión con el liberalismo conservador. Tal como quedó de manifiesto a lo largo del capítulo, el Estado que Rawls considera como ideal es un Estado activo. Requiere de una participación, no sólo para proteger las libertades básicas, sino también para reducir las desigualdades en la mayor medida posible, siempre que con ello se respeten los principios de justicia. Esta característica, es lo que ha llevado a denominar al liberalismo rawlsiano como igualitario.

Respecto de los regímenes políticos que pueden llegar a cumplir con los dos principios de justicia opina que son dos: un socialismo liberal y una democracia de propietarios; por el contrario descarta al liberalismo laissez-faire, el capitalismo bajo un Estado de bienestar y el socialismo de economía dirigida. Tanto la democracia de propietarios como el socialismo liberal cumplen con los dos principios de justicia. La diferencia entre ambos se centraría en la propiedad privada de los medios de producción: el socialismo no la permite y la democracia de propietarios sí. Rawls afirma que su teoría defiende la propiedad privada (se encuentra amparada en el primer principio de justicia), sin embargo tal defensa no implica la defensa de la propiedad privada de los medios de producción, pues tranquilamente se puede dar cumplimiento a los principios de justicia bajo un régimen en que éstos sean públicos. Por lo tanto un régimen socialista democrático que respete las libertades básicas podría ser perfectamente compatible con la *justicia como imparcialidad*.

De cualquier forma los sistemas propuestos implican un fuerte intervencionismo estatal para asegurar un nivel de vida mínimo y reducir las desigualdades, lo que lleva a una afectación de la propiedad privada de las personas.

Al activismo estatal fomentado por el liberalismo de tipo igualitario, se opone un liberalismo de tipo conservador. Particular interés académico y político tuvo éste debate en el tiempo y espacio indicado. Recordemos que en dicho momento entra en crisis el Estado de bienestar (que aunque según Rawls no siempre respeta el principio de diferencia, parece ser más

cercano al modelo de Estado activo rawlsiano que el capitalismo laissez-faire, de hecho los defensores del Estado de bienestar han visto con buenos ojos la construcción teórica de Rawls para hacer frente al avance del neoliberalismo), contra el cual se elevan las primeras críticas desde los “padres” del neoliberalismo (Friedrich von Hayek, Ludwig von Mises, entre otros). Los mismos presentan firmes argumentos en oposición a la planificación de la economía y al intervencionismo estatal por considerar que tales medidas, no sólo eran perjudiciales para el desarrollo económico, sino que también podían conducir a un Estado opresor.

Dicha corriente tuvo su influencia en los Estados Unidos con el surgimiento de una escuela económica, cuyos miembros fueron llamados los “Chicago boys”, liderada por Milton Friedman, que impulsó una economía de mercado con intervención estatal mínima, reducción del gasto estatal, liberalización de los controles, privatizaciones, etc. En el ámbito de la filosofía política, una de las más potentes teorías que desembocan en un “Estado mínimo” es la creada por Robert Nozick en *Anarquía, Estado y Utopía*⁶³.

En primer lugar debemos destacar que existe un núcleo de coincidencias entre la teoría de Nozick y la de Rawls (de hecho las dos son liberales) que está dado por el valor otorgado a las libertades. Ambos consideran a las mismas como fundamentales e indisponibles por parte del Estado, siendo la protección y el respeto de las mismas una de las funciones centrales del mismo. Sin embargo, como ya explicamos, mientras para Rawls garantizar las libertades básicas es sólo una de las funciones del Estado (la otra apunta a la reducción de las desigualdades, que no necesariamente resulta contradictoria con la protección de las libertades), por lo que opta por un Estado activo, en Nozick es prácticamente la única función. Así el accionar del Estado se reduce a la protección de las libertades básicas y de la propiedad, de modo tal que se sancionen el uso de la fuerza, la coacción, el fraude y el incumplimiento de los acuerdos, ni más que eso, pero tampoco menos. Por otro lado, rechaza cualquier tipo de activismo estatal destinado a reducir las desigualdades. Vemos cómo, entonces, la teoría de Nozick apunta contra lo que en aquel momento estaba entrando en crisis: el Estado de bienestar social.

63 En el resto del capítulo formularemos una explicación de la teoría de Nozick desarrollada en: Nozick, Robert. Op. Cit.

2.1 El liberalismo conservador de Robert Nozick

Nozick, para poder fundar su teoría, centra su atención en un doble problema. En primer lugar, ¿por qué optar por una organización política estatal y no vivir en ausencia de Estado? ¿Por qué no es preferible la anarquía? Y por otro lado, una vez que demostramos la necesidad de crear un Estado, ¿Hasta dónde debe intervenir el mismo? ¿Cuáles son los límites deseables que deben imponerse para que el mismo no avasalle derechos individuales?

La primera, afirma, es una pregunta previa y fundamental para la filosofía política, pues, si llegamos a la conclusión de que la ausencia de cualquier tipo de organización estatal es la opción más deseable y que, por lo tanto, debemos avanzar hacia un modelo anarquista, luego, no tiene sentido discutir sobre los principios de justicia que deberán regir la vida política de un Estado determinado.

Para responder a esta primer cuestión parte de una situación inicial ideada por la tradición contractualista: el Estado de naturaleza. En dicha situación nadie tiene derecho a dañar a otro, y en caso de que alguien viole ésta prescripción las personas tienen la facultad de defender por mano propia sus derechos naturales. Sin embargo, y sin necesidad de concebir a las personas como sujetos proclives a extralimitarse en sus derechos, la realidad llevará a que surjan discusiones sobre el alcance y contenido de los derechos de los particulares en las situaciones en que surjan conflictos de intereses. Esta eventualidad llevará a que los más fuertes impongan sus intereses y sus interpretaciones sobre la de los más débiles.

Representémosnos una situación en la que una persona A causa un perjuicio (por ejemplo choca el auto) a B. B, dado su derecho de autodefensa, podrá exigirle una indemnización, y si A no tiene la voluntad de pagarla, B puede ejecutarla por mano propia. Pero puede suceder que A quiera indemnizar a B, pero considere que lo reclamado por éste último no se corresponde con la realidad del perjuicio causado ya que reclama un monto muy superior al daño causado. Así las dos personas entran en una discusión que no va a tener fin, y al no existir un tercero (como el Estado) que determine los derechos de cada una de las partes, prevalecerá el más fuerte. En tales circunstancias las

personas débiles estarán sujetas a que en cualquier momento un sujeto más fuerte imponga una interpretación de los derechos “injusta”, pero no podrá hacer nada para evitarlo.

Para prevenir tales desventajas, los sujetos tenderán a asociarse en organizaciones de mutua protección, de modo tal que si no pueden hacer valer sus derechos por mano propia, la organización actúe en su nombre.

Sin embargo, los problemas que debían afrontar los particulares afectarán también a las asociaciones: ¿Qué sucedería si dos asociaciones, a causa de la disputa entre dos de sus miembros, no se ponen de acuerdo respecto de los derechos de los mismos? Imaginemos un caso algo más extremo que el anterior: A (que forma parte de la asociación 1) es acusado por B (que forma parte de la asociación 2) de haber matado a su hijo, por lo que pretende que A sea condenado con la más dura de las penas (pongamos la pena de muerte o la prisión perpetua). La asociación 1, de la que forma parte A, está convencida que él no ha cometido el delito, por lo que no va a permitir que 2 le imponga sanción alguna. ¿Cómo se resuelve el conflicto? Nuevamente va a predominar la asociación más fuerte.

Las personas, ante la posibilidad de que su vida, sus libertades y sus derechos sean violentados injustamente, van a tender a asociarse a aquellas entidades que sean más fuertes. Esto va a llevar a que luego de un tiempo, y por aplicación de los principios que regulan el mercado, las entidades destinadas a la mutua protección tenderán a especializarse y se asociaran con otras entidades hasta formar grandes asociaciones y/o federaciones de dichas entidades. El proceso continuará hasta llegar a asociaciones que concentraran su poder en un territorio, excluyendo a cualquier otra organización del mismo. Así, por un proceso de *mano invisible*, se constituyen verdaderos monopolios.

Esto desemboca en lo que Nozick denomina *Estado ultramínimo*. Se trata de un cuasi Estado, que no llega a ser tal porque existe la posibilidad de que todavía haya personas fuertes que no quieran asociarse a ninguna de éstas organizaciones y que ejerzan el derecho de autodefensa de modo personal. Ello lleva a que el Estado ultramínimo carezca de las condiciones esenciales requeridas por la teoría política para que una organización sea considerada un Estado.

En primer lugar, carece del monopolio legítimo en el uso de la fuerza en un territorio dado, pues si subsisten personas que hacen valer sus derechos por mano propia en forma legítima, no puede hablarse de una exclusividad de la organización en el uso de la fuerza.

En segundo lugar, habrá personas (quienes no pagan por los servicios de protección por ejercer el derecho de autodefensa de modo personal) excluidas de la protección de la asociación de protección. Se supone que en un Estado todos tienen el derecho a ser protegidos por el sistema de justicia, por el contrario, en un Estado ultramínimo, quien no paga para asociarse al mismo y cumple con las obligaciones establecidas, queda excluido de la protección otorgada por la organización en cuestión. Por lo tanto, todavía no se dan las condiciones necesarias para poder afirmar que estamos frente a un verdadero Estado. Lo dicho se logrará cuando todas las personas que habitan un territorio formen parte de la asociación existente en el mismo.

No obstante lo cual, en dicha etapa, opina Nozick, están dadas las condiciones para que los Estados ultramínimos pasen a ser *Estados mínimos* (se trata de la formación de un Estado que cumple con los requisitos para ser tal, monopolio en el uso de la fuerza y servicio de protección a todos los sujetos que habitan en su territorio, pero cuyas funciones no exceden las de un Estado ultramínimo). ¿Cómo se da este paso? Las asociaciones desconfiarán de los procesos utilizados por los particulares no asociados para determinar sus derechos en caso de conflicto con un sujeto asociado. Por ello, y ante la posibilidad de que los mismos no sean adecuados, las asociaciones tenderán a prohibir, dentro de su territorio, cualquier tipo de proceso para dirimir derechos que no sea el implementado por ella misma. Esto causa inconvenientes a los individuos no asociados ya que no se encontrarán facultados para aplicar los mecanismos que consideren justos para dirimir sus controversias con las personas asociadas. Entonces, para compensar tales perjuicios las asociaciones se encontrarán moralmente obligadas a ofrecer sus servicios a quienes todavía están excluidos de ellas. Así tenderán a incorporar a las citadas personas a la asociación, para ello las obligarán (o mejor dicho les prohibirán ejercer sus derechos por mano propia) y las compensarán por las pérdidas generadas. Así es como llegamos, sin necesidad de recurrir a la teoría

contractualista, antes bien gracias a un dispositivo de *mano invisible*, a la constitución de un Estado.

La pregunta siguiente es: ahora que tenemos un Estado mínimo, que se preocupa por proteger la libertad y la propiedad legítima de las personas, ¿Por qué no avanzar hacia un Estado más activo? ¿Por ejemplo hacia el modelo de Estado propuesto por Rawls? ¿O un Estado de Bienestar? ¿Por qué el Estado no debe tener más funciones que proteger a las personas del uso ilegítimo de la fuerza, el engaño, el fraude y el incumplimiento de las obligaciones asumidas? ¿Cuál sería el problema de imponer un modelo de Estado que se preocupe por reducir las desigualdades, o de eliminarlas?

Nozick parte de la idea de que ninguno de los derechos individuales que los sujetos gozan en el Estado de naturaleza pueden ser eliminados por el Estado bajo el pretexto de proteger un interés general superior. Partiendo de ésta premisa intenta demostrar cómo aquellos Estados que vayan más allá de las funciones de un Estado mínimo llevarán, necesariamente, a un Estado opresor que viole los derechos fundamentales de las personas, principalmente la vida, la libertad y la propiedad. Aquí es donde se enfrenta con el liberalismo igualitario de Rawls. Considera que éste último (y cualquier otra doctrina que propugne un Estado activo) se extralimita en las funciones del Estado. Recordemos que para el liberalismo una de las principales funciones estatales era la de proteger las libertades básicas, pero, al extralimitarse en sus competencias, un Estado, como consecuencia de su intervención y activismo, puede terminar violentándolas.

Así es como la discusión con Rawls gira en torno al principio de diferencia. Recordemos que en la primera parte del capítulo expusimos la discusión sobre la propiedad de las dotaciones innatas que se suscita en el marco del citado principio. Según Nozick no existe razón alguna para redistribuir los beneficios que cada persona obtiene de las justas transacciones realizadas, independientemente de las diferentes capacidades de las que gozan las personas (tengamos presente el ejemplo contra-intuitivo sobre la copropiedad de una parte del cuerpo: un ojo).

Como derivación del derecho de autopropiedad (derecho a disponer libremente del propio cuerpo y de lo obtenido legítimamente por él), si el derecho de propiedad sobre una cosa es

obtenida en forma legítima, según Nozick, no existe motivo válido para que el Estado aplique un modelo de distribución que la restrinja para redistribuir los beneficios entre los menos aventajados. Para fundar su postura propone un clásico ejemplo que expondremos bajo una versión más actualizada. Supongamos que en una sociedad existe un modelo de distribución de beneficios que tiende a ser igualitario, se trata de un esquema querido por todos en el que todos obtienen similares beneficios (lo llamaremos “esquema 1”). Ahora bien, en dicha sociedad existe un jugador de fútbol extraordinario, posiblemente el mejor de todos los tiempos: Lionel Messi. Se trata de un jugador que todos los clubes pretenden fichar, atrae una cantidad importante de público y su forma de jugar hace mucho más sencillo vencer a los rivales. Su club, con el fin de retenerlo y de estimular sus esfuerzos para que siga desarrollando sus capacidades le propone un trato: por cada entrada vendida en los partidos que se jueguen de local, un porcentaje (pongamos un 25%) será destinado al jugador. Messi acepta el trato y el incentivo económico hace que entrene más horas y que juegue mejor los partidos. Juega toda la temporada para dicho club, como acordaron el 25% del monto de las entradas vendidas en los partidos jugados de local pasan a ser propiedad del jugador. Al finalizar la temporada, los ingresos obtenidos por el jugador son excepcionales, alcanzan cifras millonarias. Sin embargo, afirma Nozick, nadie tendría por qué quejarse: el público acepta gustoso que un porcentaje de la entrada sea destinada a pagarle a Messi; el club acordó libremente un contrato que lo beneficia; sus compañeros de equipo están satisfechos por contar con un compañero que simplifica el juego y Messi acepta complacientemente el contrato ya que sus ganancias se vieron multiplicadas.

Así habremos pasado de un esquema de distribución “1” a otro (pongamos “2”) en que los beneficios no se distribuyen de manera igualitaria, y sin embargo, nadie tendría por qué oponerse a un contrato libremente convenido por el que una persona dispone de una habilidad personal que con tanto sacrificio desarrolló. ¿Por qué debería el Estado apropiarse de ella? ¿O prohibir dicha clase de acuerdos? ¿O imponer medidas para redistribuir dichos beneficios económicos entre otras personas? En última instancia tales medidas afectarían el derecho de propiedad y el de libre disposición del cuerpo a punto tal que podría existir una copropiedad del cuerpo de la persona con el Estado.

Nozick considera inadmisibile un Estado como el descrito, pues se extralimitaría hasta violar derechos individuales indisponibles. Por otro lado, ¿Dónde estaría el límite de la copropiedad del Estado? Si puede disponer de las ganancias obtenidas por una persona, ¿Podría disponer también de algo más fundamental como la libertad, la salud o la vida de alguien? ¿Qué diferencia existe entre distribuir las utilidades obtenidas por el citado jugador de fútbol y exigirle que entregue sus piernas a fin de que sean transplantadas a personas que nunca en su vida pudieron caminar para que puedan hacerlo? Extrememos aún más el ejemplo: supongamos una situación hipotética en que para que una persona recién nacida pueda vivir se requiere el trasplante de un órgano vital de otra persona de 30 años, puesto que ese sujeto ya tuvo la posibilidad de vivir 30 años, ¿resultaría razonable obligarle a que sacrifique su vida para beneficiar a alguien que sólo lleva viviendo algunos días?

Entonces, y para concluir, un Estado con potestades redistributivas (como el Estado de bienestar) conlleva el riesgo de violaciones a derechos indisponibles por parte del Estado. Estas reflexiones, simplificadas y resumidas al extremo, son las que llevan a Nozick a concluir que de ningún modo puede aceptarse un Estado que tenga funciones que vayan más allá de las de un Estado mínimo.

3. Ejercicios

1. Explique y caracterice la posición original en Rawls.
2. ¿Cuáles son los principios de justicia propuestos por Rawls?
3. ¿Qué sucede en caso de conflicto entre principios? ¿Alguno de ellos prevalece por sobre el otro?
4. ¿Qué motivaría a las personas a optar, en la posición original, por dichos principios y no por otros?
5. Supongamos que en un Estado X se presenta la siguiente discusión: como se sabe, los recursos dinerarios del mismo son limitados, por lo que al momento de determinar a qué obras públicas se va a destinar dicho dinero se genera un conflicto de intereses. Imagine que el sistema de salud pública está totalmente colapsado por falta de infraestructura y por encontrarse la misma en pésimo Estado, lo mismo sucede con la educación pública. Sin embargo, los gobernantes deciden destinar el dinero a construir canchas de fútbol, de tenis y de golf, pues también existe un déficit importante en materia de esparcimiento y tal medida genera un alto grado de aceptación pública. A la luz de los principios de justicia, ¿qué críticas le formularía a tal decisión?
6. En un momento dado el gobierno de un Estado decide eliminar el derecho a votar, a asociarse para formar partidos o agrupaciones políticas y restringe la libertad de expresión, ello con el fin de perpetrarse en el poder. Para justificar la decisión se afirma que: A) Dicho gobierno es el más exitoso de toda la historia de ese Estado en materia económica, en pocos años ha logrado un desarrollo sin precedentes logrando beneficios extraordinarios, y la única forma de mantener dicho crecimiento es con la perpetración del grupo que ejerce el poder. B) A esto se le suma una fuerte política redistributiva que beneficia claramente a los

grupos menos aventajados. Y C) Lo que se busca es avanzar hacia una sociedad igualitaria. Dé argumentos a favor y en contra de dicha medida basándose en: el principio de utilidad media, el principio de diferencia, el modelo de justicia propuesto por *la justicia como imparcialidad*, el modelo de Estado mínimo y cualquier otro modelo de justicia que se le ocurra.

7. En un debate presidencial discuten 5 candidatos, en el mismo se genera una polémica respecto de las medidas de redistribución que debe llevar a cabo el Estado, lo que lleva a los candidatos a manifestar lo siguiente:

-Candidato 1: “No existe justificación válida para que el Estado despoje de los bienes legítimamente obtenidos por los individuos para redistribuirlos entre los que menos tienen. Pues la propiedad de las personas es un derecho indisponible por el Estado y de ningún modo puede ser restringida para disminuir las desigualdades económicas”.

-Candidato 2: “En esta materia mi gobierno tendrá una política opuesta a la que pretende imponer el anterior candidato, sin duda alguna, las mayores ganancias de los empresarios no pueden perjudicar a los trabajadores, deben redistribuirse a fin de reducir las desigualdades, es el único fundamento válido para poder justificarlas”.

-Candidato 3: “Disiento por completo con el candidato 2, pues no existe razón alguna para que los empresarios obtengan mayores ganancias que los trabajadores, tal situación evidencia la explotación que se produce dentro del sistema capitalista por parte del primer grupo hacia el segundo. La desigual distribución de los beneficios sociales es injustificable de cualquier modo”.

-Candidato 4: “Yo creo que si una persona muy inteligente opta por dedicarse al comercio y utiliza sus capacidades para obtener beneficios económicos, el Estado no puede tomar medidas que afecten los beneficios obtenidos a fin de destinarlos a medidas redistributivas. Por ejemplo, crear un impuesto a la renta

con el fin de destinarlo a la construcción de viviendas sociales o a mejorar la educación pública es totalmente ilegítimo”.

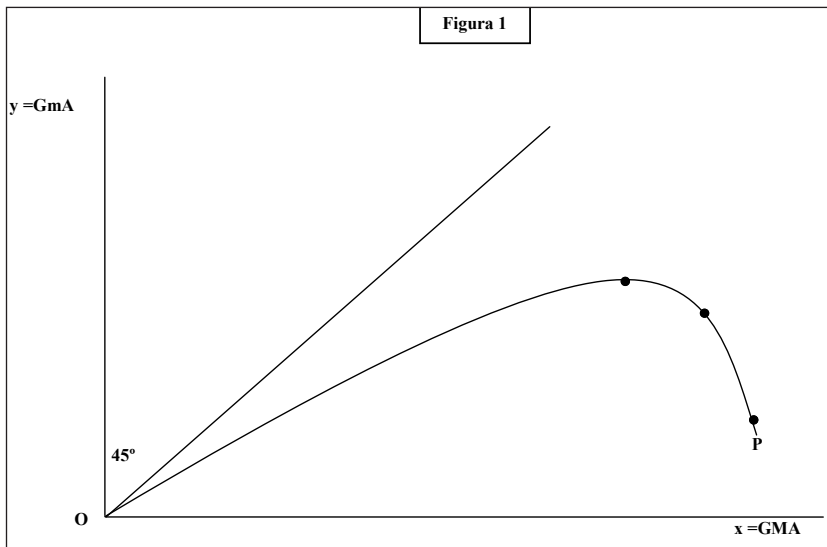
-Candidato 2: “Tal decisión no sería ilegítima de ninguna manera, antes bien se trata de una medida que urge tomar ya que contribuiría, no sólo a reducir injustas desigualdades, sino que también permitiría asegurar una equitativa igualdad de oportunidades”.

-Candidato 5: “Estoy en desacuerdo con todos los anteriores opinantes, considero que lo que el Estado debe asegurar es, mediante políticas redistributivas, un nivel de vida mínimo que incluya vivienda digna, acceso a la salud y educación de calidad, una alimentación adecuada y derechos de la seguridad social, entre otros. Siempre que asegure éste piso, luego las desigualdades no son un problema, antes bien pueden llegar a justificarse si es que resultan necesarias para que los grupos empresarios inviertan en nuestro país y así logremos un mayor desarrollo económico.”

Las siguientes teorías y corrientes doctrinarias pueden representar (en mayor o menor medida) las posiciones adoptadas por los candidatos, ubíquelas según su afinidad: principio de diferencia, socialismo, igualitarismo perfecto, Estado mínimo, justicia como imparcialidad, Estado de bienestar, neoliberalismo. Agregue cualquier otro calificativo que considere adecuado.

8. El siguiente gráfico (figura 1), un eje cartesiano, está conformado por el eje de las “y” que representa al grupo menos aventajado en la distribución de los beneficios que surgen de la cooperación social y el eje de las “x” que representa al grupo más aventajado. La línea recta que se inicia en O y que forma un ángulo de 45° representa un modelo de distribución de perfecta igualdad, ya que por cada unidad que logre el grupo menos aventajado (GmA), logrará una unidad el grupo más aventajado (GMA). En la curva “P” pueden detectarse distintos esquemas de distribución de beneficios (tres de ellos señalados con puntos) que se corresponden con distintos principios de justicia. Indique cual de los puntos sería compatible con el principio de diferencia,

cual con el de utilidad media y cual representa un esquema de explotación “feudal” destinado a beneficiar en forma casi exclusiva a los más aventajados.



4. Bibliografía

- Gargarella, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls*. 1ª ed. España, Paidós, 1999.
- Nozick, Robert; *Anarchy, State and Utopia*. 1ª ed, 13ª reimp., Oxford, Gran Bretaña, Blackwell Publishers, 1999.
- Rawls, John; *A theory of justice*. Ed. revisada de la 1ª ed, 6ª reimp., EEUU, Harvard University Press, 2003.
- Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Paidós, 2004.
- Rawls, John, *Liberalismo Político*. 1ª ed., 4ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Capítulo **IV**

**ALGUNAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS
SOBRE EL ESTADO DE DERECHO: CRÍTICA
JURÍDICA, NEOCONSTITUCIONALISMO Y
GARANTISMO**



1. Introducción

En el presente capítulo analizaremos brevemente algunas de las posiciones contemporáneas acerca de la relación entre Poder, Estado y Derecho que sirven como marco para pensar la experiencia de las prácticas jurídico políticas que se dan en el Estado Constitucional actual. Iniciaremos por las posiciones denominadas como “crítica jurídica” que engloba distintas tendencias tanto por sus metodologías como por sus orígenes geográficos. No obstante veremos que todas ellas ofrecen una lectura sintomática de lo que llamamos “el malestar en la cultura jurídica” y pueden sintetizarse algunos postulados comunes a las mismas.

Luego pasaremos revista a las características del llamado “neoconstitucionalismo” y finalmente al “garantismo jurídico” en su versión específica propuesta por el jurista italiano Luigi Ferrajoli.

2. Crítica jurídica. Distintas corrientes

2.1 Los contextos de origen, la conmensurabilidad y la circulación temática de las corrientes críticas

Las corrientes que podemos calificar como integrando la Crítica Jurídica o Teoría Crítica del Derecho, expresan un malestar de la cultura jurídica contemporánea. Empecemos entonces por algunas imágenes, postales de los desolados escenarios y paisajes de este malestar que reclama otras políticas del derecho:

“En el terreno de la enseñanza, por ejemplo, la contradicción entre...la respuesta que permiten dar las instituciones escolares por un lado y el mercado de trabajo por el otro se hace dramática. Millones de jóvenes ven como se degrada progresivamente el sistema de la enseñanza y, con ello, cómo se frustran sus propias aspiraciones a obtener una calificación e insertarse profesionalmente en las relaciones sociales de un modo fecundo”.

“La crisis económica. Precios que se disparan vertiginosamente en un solo año. Salarios y sueldos cuyo poder adquisitivo resulta disminuido: millones de trabajadores que desde el crecimiento de la sociedad esperaban un mejoramiento de sus propias condiciones de vida contemplan cómo se les retribuye ahora a los niveles más bajos, de pura subsistencia o poco más”.

“...el ataque sistemático y progresivo a las instituciones; en el desenfadado uso de los decretos-ley y en el desprecio por el Parlamento...; el deliberado empeoramiento de las instituciones fundamentales de la república, incluso a través de los recientes escándalos sobre la financiación de los partidos políticos...”⁶⁴

Estas sentencias, que parecen escritas para describir la situación social en la historia reciente de la Argentina o de alguno de los países vecinos de nuestra región latinoamericana o la crisis actual de Grecia, España, Italia, Portugal o Irlanda son, sin embargo, descripciones que se ubican en el inicio de uno de los textos clásicos de crítica jurídica, una de las obras fundadoras del Movimiento del *Diritto Alternativo* en Italia. Se trata de *El Estado y los juristas* de Pietro Barcellona y Giuseppe Coturri, donde se explicaba el contexto de surgimiento de dicho movimiento como parte de una tendencia de malestar y movilización social más vasta, que incluía a las profesiones y prácticas jurídicas.

La hipótesis de la que partimos entonces empieza a desarrollarse: existe un malestar de la cultura jurídica contemporánea que ha sido, en contextos específicos y diversos, pero comparables, el caldo de cultivo para el surgimiento de prácticas jurídicas críticas o alternativas. “Críticas” o “alternativas”, tal como esas mismas tendencias se han definido.

Movimientos y corrientes de juristas que tienen su origen en el activismo judicial, la abogacía popular, la academia

64 Barcellona, Pietro y Coturri, Giuseppe. *El Estado y los juristas*. Fontanella. Barcelona. 1976, Págs. 12-13.

y la educación jurídica han reaccionado frente a los síntomas del malestar: *Usa Alternativo del Diritto*, *Critical Legal Studies*, *Direito Alternativo*, *Teoría Crítica del Derecho*, *Crítica Jurídica*, son algunos de los nombres de estas tendencias que expresan el malestar de la cultura jurídica contemporánea.

A partir del ciclo de movilización que se inicia desde fines de los años 60 en Estados Unidos y Europa, y en especial de la transición democrática española (y aquí cabe destacar el importante papel de puente jugado por el movimiento español de Jueces para la Democracia y de los estudios de Derecho Alternativo, entre el pensamiento crítico italiano, francés y español y las correspondientes corrientes en América Latina, y ello pese a la corta duración de su activismo en la península ibérica) y las transiciones en Argentina y Brasil, se generan las condiciones históricas, diversas pero conmensurables, de emergencia de estas corrientes.

En efecto, el uso alternativo del derecho europeo (Italia, España, Francia principalmente), es marcado por el ciclo de movilizaciones sociales que tienen como emblema el Mayo Francés, las luchas obreras y sus secuelas que acompañaron todo el primer lustro de los años 70. En Italia en particular, se registra el desnivel entre la constitución socialmente avanzada de 1947 y la pervivencia de prácticas jurídicas que se apoyan en la legalidad fascista remanente o de corte liberal, contradictorias con los principios constitucionales.

En España, la recepción de estas corrientes jurídicas críticas se realiza al calor de las necesidades de políticas del derecho democráticas e igualitarias, que sirvieran para desmontar la legalidad del régimen franquista que golpeaba sobre la transición como una pesada hipoteca.

En los Estados Unidos de Norteamérica, el movimiento *critical legal studies* surge a principios de los 70 como heredero de la tradición de luchas por los derechos civiles de la población afroamericana, del movimiento pacifista contra la guerra de Vietnam, y como reacción frente al belicismo de la política exterior Estadounidense; adquiriendo un carácter fuertemente crítico de los límites de las políticas liberales y polémico frente al prestigio cultural de las academias jurídicas Estadounidenses, consideradas como reproductoras del *statu quo*.

En América Latina, el fracaso de la vía chilena al socialismo llevada adelante por el gobierno de la Unidad Popular,⁶⁵ que intentó construir el socialismo manteniendo y transformando “desde adentro” la legalidad del Estado de derecho, fue un revulsivo que marcó el inicio de los estudios jurídicos críticos o alternativos y el correspondiente diálogo con las corrientes europeas y anglosajonas, generando las primeras reflexiones crítico-jurídicas en la década de los años 70. Por ejemplo, en nuestro país, la reflexión madura de un Arturo Sampay en *Constitución y Pueblo*⁶⁶, o en Chile del propio Eduardo Novoa Monreal, que debe exiliarse en México como consecuencia del golpe de Estado contra el gobierno de Salvador Allende en 1973.

Las transiciones democráticas en Brasil (1985) y Argentina (1983), cada una de ellas con sus particularidades y problemáticas específicas, fueron el telón de fondo del desarrollo -más plural, vasto y arraigado en las prácticas jurídicas de magistrados, abogados populares y académicos en el caso brasileño, y más restringido al ámbito filosófico y teórico en el argentino-, de las perspectivas críticas. Aquí, al choque entre las políticas del derecho requeridas por los procesos de democratización con la legalidad y las prácticas heredadas de las autocracias militares, se sumaba una realidad de desigualdad social extendida a las mayorías populares en el caso brasileño. Mientras que en Argentina, a la destrucción del perfil industrial y productivo del país, se sumaba el genocidio de una entera generación de militantes y cuadros sociales.

Razón por la que el discurso crítico y la práctica alternativa más enraizada en sociedades como la argentina o la chilena, durante sus respectivas transiciones, se produjo verdaderamente en términos de una revalorización del discurso de los derechos humanos y de la democracia, más que a través de una reflexión o unas prácticas alternativas encuadradas en otro tipo de pensamiento más sofisticado. En nuestro país, el desarrollo crítico teórico se produjo en grupos reducidos de cultores de la filosofía del derecho y la epistemología jurídica crítica, que han hecho

65 Este fracaso fue debido a complejos factores, entre los cuales, la feroz resistencia de la burguesía y las empresas transnacionales y su brazo armado en las Fuerzas Armadas, con la complicidad de agencias del gobierno Estadounidense, fueron decisivos.

66 Sampay, Arturo. *Constitución y pueblo*. Cuenca. Buenos Aires. 1974,

importantes contribuciones desde la reflexión. Se trata del grupo de la Universidad de Buenos Aires que integraban Enrique Marí, Alicia Ruiz, y Carlos Cárcova, entre otros. También en el campo de la criminología crítica y del derecho penal mínimo.

Es así, que uno de los autores españoles afines al alternativismo jurídico, el iusfilósofo granadino Modesto Saavedra, describe esta expansión de la cultura jurídica crítica a partir de una conmensurabilidad de sus contextos de emergencia: por el lado europeo, el carácter excepcional del momento político de fines de los 60 y principios de los 70 que marcaba en Francia y en Italia la hegemonía de una nueva izquierda política y cultural, y que coincidía en España con el declive del régimen franquista y el comienzo de la transición democrática. Una avanzada cultural y política progresista que contaba entre sus referentes a numerosos jueces y abogados críticos, y que por lo tanto estaba *“dispuesta a trasladar la lucha ideológica y política a las instituciones, incluso a las instituciones judiciales, aprovechando los resquicios democráticos permitidos por el ordenamiento jurídico (sobre todo en el caso de Italia, permitidos por parte de la Constitución, en parte ineficaz y con un potencial extraordinario de cambio social)”*⁶⁷.

Sin embargo, con el reflujo de la movilización social de esos años -que germinó sin embargo en los llamados “nuevos movimientos sociales”: ecologistas, feministas, pacifistas, etc.-, y la confianza otorgada a la vía legislativa parlamentaria por las fuerzas de izquierda, el alternativismo jurídico mutó en Europa hacia lo que hoy se conoce como garantismo jurídico y/o neo-constitucionalismo, que podemos definir de forma provisional -ya que en realidad son posturas vinculadas pero diversas-, como el desarrollo por medio de la argumentación jurídica crítica y el activismo judicial, de todas las posibilidades del Estado constitucional democrático y social de derecho.

En cambio, fueron diversas las circunstancias de las sociedades latinoamericanas, como la brasileña, mexicana o colombiana, entre otras, con textos constitucionales avanzados que connotan, sin embargo, un mundo distante de la experiencia cotidiana de las mayorías sociales respectivas. Cotidianidad

67 Saavedra, Modesto. *Presentación desde Europa*. En: Bueno de Carvalho, Amilton, De Carvalho, Salo (Orgs.). *Directo alternativo e pensamento juridico europeu*. Lumen Iuris. Río de Janeiro. 2004. Págs. 16

que exhibe vastos sectores sociales excluidos, minorías étnicas oprimidas, pobreza, carencia de acceso a la tierra y a la vivienda, carencia de servicios sociales básicos, condiciones que fueron motivo para que el alternativismo y la crítica jurídica germinaran de forma mucho más duradera en algunos países de nuestra región.

En este cruce fue importante también la circulación internacional de postulados semejantes en la comunidad de los juristas y académicos del derecho críticos, que forman una corriente sin duda minoritaria pero activa y que permitió el intercambio de experiencias entre europeos y latinoamericanos en torno al derecho alternativo y la crítica jurídica⁶⁸.

Estos escenarios o contextos de surgimiento de las corrientes críticas o alternativistas, siendo variados, dejan espacio sin embargo para la comparabilidad y la semejanza de las problemáticas y perspectivas planteadas. Algunas de estas problemáticas comunes que en sus distintos contextos concitarán la preocupación teórica y el activismo de estas corrientes pueden esbozarse a grandes rasgos, y de forma preliminar, en las siguientes:

- Las distancias entre la narración constitucional y la realidad social, política y jurídica cotidiana.

- Las condiciones de posibilidad adversas para el ejercicio de los derechos declarados para numerosos sectores sociales.

- El carácter opaco y ritualista del derecho y las prácticas jurídicas, que dificulta a los grupos sociales más desfavorecidos, el conocimiento y ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia.

- El correspondiente carácter de los juristas de Estado y/o de mercado, como conformadores de una verdadera “casta” sacerdotal, -tal el término utilizado por Barcellona y Coturri, como veremos-, dotada del monopolio del saber jurídico,

68 Así por ejemplo, el trabajo de Oscar Correas a través de su revista *Crítica Jurídica*, y de Jesús Antonio de La Torre Rangel, a través de la difusión de experiencias de uso alternativo del derecho en México; los congresos de *Direito Alternativo*, organizados por la Universidad Federal de Santa Catarina en Brasil; el trabajo de Servicios Jurídicos Populares y la publicación de obras críticas a través de su editorial, del Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA) de Colombia; las cuatro ediciones del programa de Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, dirigida por Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio en la Universidad Internacional de Andalucía, por citar sólo algunos ejemplos importantes, han sido fundamentales en esta fecundación mutua e intercambio de experiencias.

ejercido preponderantemente al servicio de los intereses estatales y/o mercantiles.

- Una teoría del derecho que desde sus presupuestos idealistas acríticos, sean positivistas o provenientes de alguna variante del iusnaturalismo, proclama la desconexión del derecho de sus contextos sociopolíticos, su cierre, sistematicidad y plenitud hermética. Más aún, la creencia en la objetividad de sus contenidos y en la posibilidad de encontrar siempre procedimientos de adjudicación rectos y apropiados al caso concreto, transformando en realidad bajo esta justificación, al derecho y los juristas, en maleables instrumentos de intereses al servicio de la reproducción del *statu quo*.

- La educación de los profesionales del derecho que tiende a reproducir estas funciones de forma acrítica, “fabricando” los operadores que dicho modelo de práctica jurídica requiere.

- Todas estas corrientes tienen en común definirse en contra de una práctica y unas teorías jurídicas dominantes que son consideradas cómplices de una cierta función reproductiva de las relaciones y las situaciones sociales consideradas injustas. Los juristas aparecen entonces, como protagonistas de unas prácticas burocráticas e intelectuales que reproducen un uso tradicional o normalizado del derecho, que consolida las relaciones de fuerzas sociales existentes.

El derecho, en general, es visto como un obstáculo al cambio social, tal la célebre tesis de Eduardo Novoa Monreal, en la obra homónima que es otro de los textos fundadores del malestar de la cultura jurídica, en este caso en el contexto latinoamericano y más específicamente mexicano: “...*mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil,...el derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el derecho de la Antigua Roma, con lo que se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual. Esto puede advertirse en la mayor parte de los países que constituyen nuestro horizonte cultural, pero cobra mayor importancia en los países latinoamericanos, en los cuales se comprueba de modo particularmente agudo la subsistencia de enormes diferencias en la distribución de la riqueza y la existencia de una enorme masa, ampliamente mayoritaria,*

*colocada en posición de menoscabo, víctima de la desnutrición, carente de vivienda, falta de educación y de atención médica*⁶⁹.

Y en ese uso tradicional o privilegiado del derecho, aparece la práctica usual y funcional de los juristas, que se puede comprender glosando una vez más a Pietro Barcellona y Giuseppe Coturri, en una cita extensa pero necesaria por representativa del malestar al que hacemos referencia: *“Se trata de una capa de estudiosos y de prácticos que, al amparo de las instituciones, casi en la sombra, cumple con su oficio de “mediación”; una capa que, sin embargo, -silenciando quiénes son los sujetos protagonistas de la historia, las fuerzas sociales y políticas-, pretende asumir el papel de protagonista de manera completamente autónoma...en la segunda mitad del siglo actual, quien se pone a leer un libro de derecho descubre en seguida unos rasgos bastante viejos. Parece como si la historia no hubiera existido; los conceptos se diluyen en la atemporal perennidad, en vano se buscará en los libros de derecho los grandes momentos de lucha que han significado giros decisivos en la vida y en las concepciones de todos: los movimientos de masas, las fuerzas reales que han determinado las opciones, no aparecen en ellos. Pero en cambio están presentes, todos (en las citas), los nombres de los grandes Maestros del Derecho; y también los de sus discípulos que han contribuido al progreso de la Idea*⁷⁰.

2.2 Algunas notas comunes a las tendencias jurídicas críticas o alternativas.

Una vez justificada la posibilidad de una lectura sintomática y comparada de este malestar contemporáneo de la cultura jurídica que se verifica en la emergencia de estas corrientes críticas y alternativas, corresponde analizar cuáles son las notas comunes que las aproximan entre sí, distinguiéndolas del resto de las teorías jurídicas.

1- La crítica de las tendencias idealistas dominantes (positivismo, iusnaturalismo) en la formación de los juristas y la búsqueda de poner en crisis la forma de conexión que ellas plantean

69 Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI. México D.F. 1981, p. 15

70 Barcellona y Coturri, Op. Cit. Pág. 13.

entre el derecho y la sociedad, sea planteando en el caso de las distintas variantes de iusnaturalismo un vínculo trascendental dado por un plexo de valores morales eternos de los que el orden positivo deriva su legitimidad; sea en la versión iuspositivista planteando la objetividad, sistematicidad y plenitud de los órdenes jurídicos. En esta empresa, sin duda las corrientes críticas y alternativistas son continuadoras de tendencias de pensamiento jurídico antiformalista anteriores, como las que significaron el “movimiento del derecho libre”, la “jurisprudencia sociológica”, la “jurisprudencia de intereses”, el “realismo jurídico” en sus vertientes norteamericana y escandinavas, y el “socialismo jurídico” francés y alemán de fines del siglo XIX y principios del XX.

2- Por consiguiente, las perspectivas críticas o alternativas sostienen la necesidad de replantear la índole de las vinculaciones entre derecho y sociedad, mostrando el carácter histórico, político, relacional y hétero-referente de aquél. En suma, planteando el carácter constitutivamente impuro del derecho. Reubicando el derecho, sin negar su autonomía relativa ni su eficacia específica, dentro de la totalidad social. Y esto, a través de dos vías, a mi juicio no necesariamente excluyentes: una fundamentación que se genera en el pensamiento neomarxista menos dogmático y que pone énfasis en la autonomía relativa y la eficacia específica de la instancia jurídica de las formaciones sociales capitalistas; y otra basada en la consideración de las prácticas jurídicas en tanto que discursivas, portadoras no sólo de una función deontológica y de una eficacia instrumental referida a las conductas, sino también de una función ideológica y de una eficacia simbólica.

3- Esta reconexión del derecho con las tramas de relaciones que lo forman, -y a las que al mismo tiempo contribuye a formar-, permite dar un nuevo giro al problema de la indeterminación del derecho. Ésta ya no resultará solamente de la textura abierta del lenguaje jurídico, con sus notas de ambigüedad y vaguedad, sino de las distintas fuerzas sociales con sus intereses y necesidades, con sus valores y preferencias en la regulación, por medio del derecho, de las relaciones sociales.

La indeterminación surge ahora por la posibilidad de distintos usos del derecho o de la existencia de alternativas de políticas del derecho. Esta indeterminación radical del derecho, exigirá explicitar cuáles son los intereses sociales a los que sirven los usos posibles del mismo. Se trata de una indeterminación que va más allá de los procedimientos técnicos por reglas de subsunción formal, interpretación y ponderación, ya que muestra cómo éstas también entrañan opciones éticas y políticas entre principios del derecho alternativos, que revelan el carácter político estratégico de las prácticas jurídicas.

4- A partir de una perspectiva crítica se defenderán los usos y las políticas del derecho desde las mayorías populares y los grupos discriminados o excluidos. Es decir, una perspectiva *ex parte populi*. una estrategia de confrontación contra lo que se considera una inercia conservadora por parte de las prácticas jurídicas dominantes, cuando no lisa y llanamente “*cratos* céntricas”, es decir, instrumentalizadoras del derecho a favor de los centros de poder político y económico.

Existe por lo tanto una fuerte conexión entre la acción social colectiva reivindicatoria, el activismo jurídico, la posibilidad de un dinamismo de contenidos dada por la ambigüedad o indeterminación del derecho, en tanto que es terreno de lucha y su impacto en las prácticas jurídicas. El orden jurídico es visto como una creación humana, y por lo tanto, imperfecta pero perfectible a través del trabajo proyectivo y crítico de los juristas alternativos para llenar sus lagunas y disolver sus contradicciones entre el nivel constitucional y el legal y administrativo.

Ello requiere un trabajo jurídico con las fuerzas sociales populares, más desprotegidas pero también impulsoras potenciales del cambio social. El activismo judicial, los servicios jurídicos populares, la alfabetización jurídica de la población, la educación popular en derechos humanos, más aún la comprensión de la instancia jurídica en el sentido común popular y su traducibilidad o incluso su carácter de derecho alternativo al estatal, la preocupación por los condicionantes sociales del ejercicio de los derechos y por el acceso a la justicia y la incidencia en las agencias públicas que determinan las políticas del derecho; son todas preocupaciones compartidas por las perspectivas críticas o alternativas.

5- Consecuentemente, estas perspectivas comparten también la convicción de la necesidad de empezar por la propia educación jurídica para modificar los procesos de formación académica de los juristas y que producen un modelo de profesional reproductor del *statu quo* y beneficiario de su pertenencia a una suerte de estamento privilegiado por su control del prestigio y del poder que supone la función de enunciación del discurso jurídico. En ese sentido, se proponen modificaciones profundas tanto en los contenidos como en las prácticas educativas jurídicas para formar profesionales, docentes e investigadores, diferentes al modelo de jurista burocrático estatal o de jurista mercantil, que se desempeñan como “intelectuales orgánicos” de la reproducción de las prácticas jurídicas hegemónicas.

6- Ello sobre la base de la congruente y complementaria crítica al funcionamiento de las instituciones de creación y aplicación del derecho, especialmente al poder judicial, las que son consideradas por estas orientaciones como rituales opacos y socialmente selectivos.

7- Toda esta batería de problemáticas y aproximaciones alternativas a la instancia y las prácticas jurídicas de la sociedad, tendrá un impacto en la construcción social de los derechos humanos, en tanto éstos constituyen un discurso público disponible que contiene siempre la posibilidad de una enunciación expansiva, que concreta desde nuevas situaciones, necesidades y subjetividades los principios del derecho más universales que se dan precisamente en el área de los derechos y de las garantías.

De ahí que, la defensa de los derechos será la vía estratégica de entrada al campo jurídico de los procesos de lucha por las plurales formas de entender la dignidad humana y romperán el tiempo eterno del uso tradicional del derecho, preñándolo de historicidad.

Las fuerzas y movimientos sociales, las organizaciones ciudadanas, serán portadoras de unas culturas de los derechos que dejarán huellas profundas y serán tanto causa como objetivo de las políticas o usos alternativos del derecho en diversos contextos espacio-temporales, entre los cuales las experiencias de América Latina tendrán un lugar destacadísimo. El malestar de la cultura jurídica tendrá una traducción constante en las prácticas de lucha por la dignidad que se enuncian en la forma de un discurso que reclama derechos.

3. Neoconstitucionalismo

3.1 Introducción

Se ha impuesto el uso de este término recientemente para dar cuenta del hecho, compartido por numerosos filósofos del derecho y doctrinarios de Derecho Constitucional, que las modificaciones producidas en las últimas décadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado neoconstitucional. O quizá incluso no de uno, sino de varios neoconstitucionalismos, como por ejemplo, refleja el título de una reciente compilación de artículos de autores europeos importantes en esta materia.⁷¹

Conviene visualizar, sin embargo, dos caminos principales que nos acercan a lo que sea el neoconstitucionalismo: por una parte, una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se considera un Estado constitucional, por otra, una teoría del derecho adecuada a esos cambios, explicativa y promotora de los mismos.⁷²

En el ámbito de los desarrollos de la práctica constitucional de las últimas décadas, no cabe duda que los antecedentes del neoconstitucionalismo tienen que ver con la reconexión entre derecho y moral operada en torno a la crisis de la segunda guerra mundial y la posterior consolidación del constitucionalismo europeo de postguerra. Como hitos fundamentales de esa reconexión y de forma precursora aparecen sin duda Hermann Heller y Gustavo Radbruch. El primero al establecer los principios jurídicos integrantes de la constitución como tendiendo un puente entre la normatividad moral histórica de una comunidad y la normatividad jurídica destacada de la constitución positiva, ello porque la constitución como texto jurídico destacado se halla incapacitada para “...establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas”. El reconocimiento de estos principios surge para Heller, no de alguna variante de iusnaturalismo, sino del carácter de ciencia

71 Carbonell, Miguel. *Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo*. En: Idem (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. Madrid. 2003. Pág. 9

72 Prieto, Luis. *Neoconstitucionalismo*. En: Carbonell, Miguel (Coord.) *Diccionario de derecho constitucional*. Porrúa-UNAM. México D.F. 2002. Pág. 420/423

de la cultura de la teoría del Estado y de la teoría constitucional, que se visualiza mejor en “...la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normatividad social a la que se le da valor de una manera positiva...”⁷³.

El segundo, luego de los horrores del nacional socialismo y la segunda guerra mundial, cambió su credo relativista y positivista para afirmar el derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”⁷⁴. El carácter valorativo del derecho es incorporado en la constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Desde la Universidad de Heidelberg, Radbruch, reflexionando sobre la experiencia del Juicio de Nuremberg que condenó a los jerarcas nazis, apuntala la fórmula según la cual “*lex iniustissima non est lex*” (la injusticia extrema no es derecho). No se trataba para Radbruch de moralizar todo el derecho positivo prescribiendo que sólo lo justo es derecho, sino de que hay normas que, por la gravedad o intensidad de su injusticia, no pueden valer como derecho. Queda por lo tanto, en esos casos, descalificada la pretensión imperativista hobbesiana: “*auctoritas, non veritas facit legem*” (la autoridad y no la verdad hace la ley). Sentencia del autor del Leviatán que está en los orígenes mismos de la relación entre imperativismo y positivismo jurídico modernos.

Más recientemente, luego de la caída del muro de Berlín (1989), en la circunstancia en que los tribunales de la otrora República Federal Alemana se vieron abocados al juzgamiento y condena de los jerarcas de la República Democrática Alemana que habían ordenado disparar sobre las personas que intentaban cruzar la frontera entre ambas repúblicas, -que tenía su punto más tristemente célebre en dicho muro-, así como los soldados que ejecutaron las órdenes⁷⁵, un autor contemporáneo que bien puede enrolarse en las corrientes neoconstitucionalistas, Robert

73 Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1961. Pág. 275/276

74 Radbruch, Gustav. *Filosofía del derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959. Pág. 39.

75 Fallo “Mauerschützen” del Tribunal Constitucional Alemán confirmó la sentencia penal de jefes político militares y soldados que obedecieron las órdenes de disparar contra las personas que intentaban cruzar desde la RDA a la RFA, teniendo como punto más tristemente célebre el Muro de Berlín. Dicha sentencia condenatoria apelada fue confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Marzo del 2001.

Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, recupera y defiende la “fórmula de Radbruch”, impugna el positivismo jurídico acríptico, sosteniendo conexiones necesarias entre derecho y moral, y advierte a las autoridades que asumen un “riesgo” jurídico futuro cuando aplican normas extremadamente injustas. Jugaría entonces una pretensión de corrección como condición o umbral mínimo de validez jurídica y del concepto mismo del derecho⁷⁶.

En resumen, el neoconstitucionalismo es el resultado de la pretensión normativa del derecho constitucional, en tanto que derecho sobre el derecho, frente a la experiencia del siglo XX que ha mostrado su lado oscuro, genocidios, guerras, destrucción masiva de vidas, control sobre las conciencias, etc.; pero que al mismo tiempo ha encontrado un tenue hilo de luz esperanzadora en el reconocimiento de derechos humanos y garantías fundamentales en la esfera internacional, regional y nacional.

Frente a este panorama, el neoconstitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho. De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas.

Pero más allá de estos trazos gruesos comunes, no se trata de un modelo consolidado ni tampoco homogéneo en su justificación teórica, que es además variable en función de los contextos históricos y sociales. Pensemos por ejemplo, en la ponderación de valores o bienes constitucionales en una situación concreta. No existe la teoría que resuelva el amplio abanico de situaciones, contextos y casos. Todo depende entonces de la relación entre el contenido constitucional del ordenamiento

76 Alexy, Robert. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En: Vigo, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires-Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 227

jurídico positivo, de la comunidad de los intérpretes (legisladores, jueces, gobiernos, abogados, etc.) de las circunstancias históricas y políticas, etc. Por eso en este apartado sólo nos proponemos realizar una introducción al neoconstitucionalismo, dar una idea de su impacto en el Estado de derecho contemporáneo y rescatar esta apertura y relacionalidad entre derecho, cultura y moral que va más allá del positivismo decimonónico.

3.2 Principales aspectos del neoconstitucionalismo

Para ubicar de qué estamos hablando cuando mencionamos el neoconstitucionalismo, debemos tener en cuenta, como lo hace Paolo Comanducci⁷⁷ dos aspectos fundamentales del mismo:

- 1- Como conocimiento, el neoconstitucionalismo puede analizarse en tanto que teoría, metodología y también tiene un aspecto ideológico. Presupone de forma normativa cómo debe ser el modelo constitucional.
- 2- Como práctica constitucional, refleja el funcionamiento de unos sistemas jurídico políticos que satisfacen en mayor o menor medida, es decir de forma relativa, las descripciones del neoconstitucionalismo como teoría y sus requisitos como ideología. Es el análisis crítico de una práctica que realiza parcialmente el modelo neoconstitucional.

Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del orden jurídico. Para ello reconstruye un modelo de sistema jurídico resultante de la profundización de dicho proceso de constitucionalización, es decir de regulación y racionalización jurídica del poder político, social y la administración estatal, caracterizado por las siguientes notas distintivas:

⁷⁷ Comanducci, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis meta-teórico*. En: Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pág. 75

- a- La constitución dirigente e “invasora”. La constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del Estado (competencias) y a las personas (derechos y obligaciones)⁷⁸. Se trata de acentuar lo que en materia de principios de derecho constitucional se llama la supremacía constitucional (es decir, la ubicación en el punto de mayor jerarquía de la pirámide jurídica reservada a las normas de rango constitucional, por ej. arts. 5, 31, 28 de la Constitución Argentina).

- b- La positivización de un catálogo de derechos fundamentales⁷⁹ y garantías en el nivel constitucional y en conexión con el derecho internacional universal y regional de los derechos humanos. Por ejemplo, el 75 inc. 22 párrafo 2 de la Constitución Argentina incorpora con jerarquía constitucional una serie de instrumentos internacionales, universales y regionales de derechos humanos, generando un “bloque de constitucionalidad”. Para el neoconstitucionalismo la máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores y la incorporación en el nivel constitucional de instrumentos de derecho universal y regional de derechos

78 Quiroga Lavie, Humberto, Benedetti, Miguel, Cenicacelaya, María. *Derecho constitucional argentino*. T.1. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1999.

79 Cabe aclarar sobre los términos referidos a los derechos y su campo semántico el significado de derechos fundamentales y derechos humanos. Empezando por los derechos fundamentales se entiende en el constitucionalismo europeo de postguerra que ellos son los derechos positivizados por las constituciones y que son acompañados por garantías en sentido estricto, es decir que son exigibles judicialmente. Usualmente por ejemplo, se diferencian en la doctrina constitucional estos derechos fundamentales de los derechos sociales que, no siendo judicialmente exigibles, por ej. el derecho al trabajo, configuran directivas constitucionales para la política económica y social del Estado. En cambio, como veremos en los párrafos dedicados a la teoría general del garantismo, Luigi Ferrajoli utiliza el mismo término pero entiende por derechos fundamentales a) aquellos que son universales en el sentido de que deben ser garantizados por igual a todas y todos, b) son indisponibles para el Estado y para el mercado (por lo que resulta evidente que para él la categoría incluye los derechos económicos sociales y culturales y también los de tercera generación: ambientales, de usuarios y consumidores de bienes y servicios, etc.). Finalmente, derechos humanos que es el término que se utiliza indistintamente para todas las categorías de derechos en el constitucionalismo argentino, latinoamericano y en el derecho internacional. No obstante, en el uso europeo “derechos humanos” queda reservado a este último ámbito regional o internacional, así por ej. se habla del sistema europeo y del tribunal europeo de derechos humanos.

humanos (tratados, declaraciones, protocolos) exige control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas inferiores del ordenamiento.

- c- La distinción entre principios y reglas. La constitución contiene no sólo reglas (normas jurídicas en una terminología tradicional), sino también principios e incluso valores en las versiones del neoconstitucionalismo que enfatizan más la conexión entre derecho y moral. Así, Guillermo Peña Freire sostiene que, “*la presencia en la constitución del sistema de valores fundamentales que han de constituir el orden de la convivencia política, e informar el ordenamiento jurídico, convierte a la constitución en una norma cualitativamente distinta del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico...*”⁸⁰. Entre nosotros, Germán Bidart Campos, por ejemplo, incluye los valores entre los contenidos fundamentales de la constitución que sirven de guía interpretativa de la misma: ellos, junto a los principios, forman un puente entre legalidad y legitimidad. Es decir que la constitución entendida como “superley” enmarca también las deliberaciones acerca de y los juicios sobre la legitimidad de la práctica política y constitucional, además de los de validez jurídica.⁸¹
- d- Las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal. Esa realidad en conexión histórico cultural, plena de principios y valores que es la constitución, impacta sobre la actividad interpretativa del ordenamiento jurídico que no puede entenderse válido ni pretender ser completo sino concreta en sus distintos niveles de creación-aplicación el mandato constitucional. De ahí que muchos autores neoconstitucionalistas compartan la idea de la legitimidad de la actividad de los jueces al interpretar y aplicar la constitución, pese a ser un poder contramayoritario.

80 Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pág. 81

81 Bidart Campos, Germán. *Legalidad y legitimidad*. En: Bidart Campos, Farinatti, Rajland, Slavin y Slavin. *Estudios de Derecho Político*. Ediciones Suárez. Mar del Plata. 2000. Pág. 19

De esta forma, la teoría neoconstitucionalista se presenta como alternativa a la teoría iuspositivista tradicional que ya no reflejaría la situación real de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Este deslizamiento, se produce al menos en tres aspectos de la teoría positivista: el estatalismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo.

El estatalismo porque el Estado aparece racionalizado y vinculado jurídicamente por el derecho de los derechos humanos a nivel constitucional e internacional. El Estado ya no sería el máximo enunciador normativo. Como lo explica Gil Domínguez, “*como mínimo, la constitución crea un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político*”⁸². El legicentrismo porque la ley como fuente privilegiada del derecho cede ante la fuerza normativa de la constitución (superley), y ante los compromisos de derecho internacional universales y regionales que los Estados asumen al ratificar y obligarse por tratados internacionales de derechos humanos. El formalismo interpretativo, porque ya no cabe hacer una interpretación solamente formal de las leyes y las normas inferiores, es decir que se presume su validez si han sido creadas por el procedimiento y órgano correcto, sino que ahora hay que pasar todas las normas jurídicas por un *test* de constitucionalidad que exige parámetros de validez sustancial (contenidos) y no sólo formal. De forma tal que, de la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.

El neoconstitucionalismo adopta como objeto de investigación, el modelo descriptivo de la constitución como norma, por tal, entiende un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas. Además se les atribuye un contenido axiológico: es decir su carácter fundante y superior se debe a que tienen determinados contenidos a los que se atribuye un valor especial).

82 Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Ediar. Buenos Aires. 2007. Pág. 19

Se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el Estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha. Propugna entonces la defensa y ampliación del proceso de constitucionalización, más que describirlo. Destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución.

Desde el punto de vista metodológico, el neoconstitucionalismo puede entenderse si se lo contrasta con el positivismo metodológico, siguiendo el célebre análisis de Bobbio, cuando afirma que es posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Sostiene la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral e incluso la conveniencia de estudiar de esa forma el derecho, desde un punto de vista exclusivamente interno.

El neoconstitucionalismo sostiene, por el contrario, la tesis de la conexión necesaria, justificativa entre derecho y moral. En última instancia, cualquier decisión jurídica y en especial, la decisión judicial, está justificada por su deriva de una norma moral. No cualesquiera normas morales, sino aquellas conectadas con el orden jurídico positivo a través de los principios y valores constitucionalizados. Los principios del derecho, operarían tal puente entre la moral objetiva y el derecho positivo. De forma tal, que como lo sostiene Dworkin, en la interpretación judicial y dependiendo de la pericia del juez, puede hallarse la decisión correcta para el caso. Incluso para los llamados “casos difíciles”, que suponen la necesidad de ponderar derechos concurrentes, normas contradictorias, etc.

De ahí la importancia de la función judicial y la discusión que se abre acerca de su justificación teórica. En efecto, es un poder judicial activo el que, por un lado, realiza la adecuación entre bienes y principios constitucionales y la multiplicidad de circunstancias fácticas que se producen en los casos judiciales, y por el otro; realiza el “filtrado constitucional” de las prácticas legislativas y administrativas tanto en cuanto a su contenido, como a su forma. Esta discusión envuelve en polémicas

a muchos de los autores ya que al ser el poder judicial de carácter contramayoritario, al que se reclama una actividad que excede en mucho la que le correspondía en la teoría clásica del Estado de derecho, se hacen evidentes las tensiones entre los componentes democráticos (mayoritarios) y constitucionales (vinculantes incluso para las mayorías electorales), del Estado contemporáneo.

Otro aspecto a destacar, y que ha señalado Gustavo Zagrebelsky, corresponde al carácter dúctil del derecho desde esta perspectiva, en efecto, los valores y principios constitucionales permiten la interpretación dinámica históricamente y pluralista, es decir, abierta a los cambios en la política constitucional y en la valoración moral de la comunidad. A esta posibilidad de flexibilidad y apertura Zagrebelsky la ha denominado como una dogmática constitucional “líquida” o “fluída” *“...que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional...El único contenido sólido que la ciencia de una constitución pluralista debería difundir rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios”*⁸³.

Robert Alexy, por ejemplo, desde la experiencia alemana contemporánea, en el desarrollo e interpretación de su constitución, la Ley Fundamental de Bonn (LF), enfatiza la centralidad de los derechos fundamentales y ejemplifica desde los mismos el funcionamiento del modelo (neo)constitucional. Las características que adoptan dichos derechos en el ordenamiento jurídico alemán son:

a) Máximo rango o jerarquía al estar reconocidos en la propia LF;

b) Máxima fuerza jurídica (el artículo 1.3 de la LF dispone que los derechos fundamentales vinculan como derecho directamente vigente al Legislativo, Ejecutivo y Judicial). La justiciabilidad plena de todos los derechos fundamentales en la tradición constitucional de la República Federal Alemana,

83 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta. Madrid. 1995. Pág. 17

rompe tajantemente con la práctica de distinguir entre normas programáticas⁸⁴ y operativas: “*con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad*”⁸⁵. Ello a través de un control de constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Constitucional, que se extiende sobre los tres poderes;

c) Máxima importancia del objeto. Ello porque a través de los derechos fundamentales se decide sobre la estructura básica de la sociedad, que apunta, en el modelo alemán, a grandes rasgos hacia una sociedad liberal con componentes solidaristas, conocida como “economía social de mercado” y que se ha correspondido con el desarrollo del denominado Estado de bienestar social en el contexto de pleno empleo y crecimiento económico de la República Federal Alemana posterior a la Segunda Guerra mundial.

Este modelo de “economía social de mercado” aparece entonces, desde el punto de vista jurídico político, estructurado a partir de los derechos fundamentales constitucionalizados;

d) Máximo grado de indeterminación, dado el carácter “sumamente sucinto, lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional... Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal...”⁸⁶. Este máximo grado de indeterminación es resuelto en cada caso por la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional Federal lo que replantea el problema del carácter contramayoritario de dicho órgano, y el de su legitimación democrática a la luz no sólo del análisis teórico, sino también del art. 20. 2. 1 de la Ley Fundamental alemana: “Todo poder público emana del pueblo”.

Esta última característica hace entonces, en su conexión con las anteriores, que al interior del neoconstitucionalismo, la relación entre derechos fundamentales y democracia sea

84 Normas programáticas son aquellas que requieren de una reglamentación legal para poder ser aplicadas, y por lo tanto reclamadas ante la administración y la justicia, normas operativas son aquellas directamente ejecutables y por lo tanto reclamables judicialmente. La distinción se torna peligrosa cuando se trata de la exigibilidad de normas de derechos humanos.

85 Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En: Carbonell, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. Madrid. 2003.

86 Ibid. Pág. 33/35

problemática. Alexy propone como solución el siguiente canon interpretativo: se debe interpretar los derechos fundamentales de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple. De este modo el principio democrático se reconciliaría en un plano más elevado con los derechos fundamentales.

Pero como el propio Alexy reconoce, esta propuesta no deja de plantear problemas: lo que la ciudadanía considera importante depende de su “concepción del mundo” y esta varía significativamente en cada persona y entre grupos sociales. El “hecho del pluralismo” es irreductible y es al mismo tiempo, un bien deseable y merecedor de tutela en sí mismo.

Pero entonces la interpretación constitucional de los derechos fundamentales no puede basarse en las plurales concepciones morales de los ciudadanos. Una vez más, la solución del problema se encuentra en la diferencia entre moral individual y ética pública, ya que no es lo mismo responder *¿cómo quiero vivir?* a hacerlo frente a la pregunta *¿cómo queremos vivir?* La respuesta a la segunda pregunta pasa por una concepción moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las concepciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo. Es lo que John Rawls denomina consenso superpuesto (*overlapping consensus*) “A lo largo de estas observaciones he supuesto que en una sociedad casi justa hay una aceptación pública de los mismos principios de justicia,...Puede haber en efecto, diferencias considerables entre las concepciones de justicia de los ciudadanos, siempre que estas concepciones conduzcan a juicios políticos similares, y ello es posible ya que premisas diferentes pueden producir una misma conclusión. En este caso existe lo que llamaré consenso traslapado en vez de consenso estricto”⁸⁷.

Hay que plantearse entonces, qué es lo que ciudadanos racionales con concepciones del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importante como para que deba excluirse su disposición por parte del poder legislador. Aquí viene para Alexy la legitimación del Tribunal Constitucional, que complementa la representación política con

87 Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997. Pág. 352

una representación argumentativa de la ciudadanía. Es decir, el Tribunal Constitucional se legitima, para este autor, por medio de su interpretación argumentativa que preserva el marco de cooperación social básico consensuado, que permite la coexistencia de principios del bien diferentes y plurales, a través de la solución de conflictos entre el Estado y los particulares o entre los particulares mismos, en los que colisionan principios y reglas que hacen a la garantía de los derechos fundamentales. Alexy cita al Tribunal Constitucional Federal: *“La interpretación, singularmente la del Derecho Constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, ni siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza”*. De esta forma, (en manera similar a Jürgen Habermas), se inclina por centrar en la posibilidad de la argumentación pública en varios niveles entre el Tribunal Constitucional, el Legislador, la opinión pública, y la ciencia, el nervio del neoconstitucionalismo en el Estado de Derecho contemporáneo y la posibilidad de superar la tensión entre democracia mayoritaria y derechos fundamentales.

4. Garantismo jurídico

4.1 Introducción

Cabe aclarar que con el término “garantismo” se reproduce el fenómeno de la polisemia de los conceptos políticos. Pese a la relativamente breve historia del mismo, si lo comparamos con conceptos políticos clásicos pero actuales, como por ejemplo, “democracia”, creo que pueden ya registrarse cuatro usos del significantemente “garantismo”.

En un sentido amplio y vulgarizado, se utiliza la expresión “garantismo jurídico”, o “garantismo penal” en el debate actual sobre la seguridad en Argentina y América Latina.

Se denominan posiciones “garantistas” en general, a aquellas que enfatizan que las causas del aumento de la criminalidad tienen que ver con condiciones sociales injustas y que aumentar la represividad de los sistemas penales, dificultar el ejercicio de

ciertas garantías procesales, aumentar las penas constituye una política difícilmente justificable. Desde esta postura esa política criminal descansaría nada más que en paliativos en el corto plazo que atacan los efectos sociales generados por causas más profundas, y ello sin necesidad de haber leído, ni de conocer la doctrina elaborada a propósito de las garantías jurídicas del derecho penal en su opera prima: *Derecho y razón*⁸⁸. Por lo tanto, en este sentido el garantismo tendería a la minización y racionalización del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Luego están los sentidos que el propio creador, le atribuye al término. El primero, que estaría en la antípoda de la escala de especificidad y concreción, respecto al anterior: habla de “garantismo” como modelo normativo del derecho penal, es el sentido que tienen algunas de las obras de Luigi Ferrajoli, especialmente toda la parte primera de *Derecho y Razón* y todo el amplísimo debate que sus posiciones han generado entre los cultores doctrinarios y los operadores jurídicos prácticos de esa rama del derecho.⁸⁹

El segundo sentido que Ferrajoli asigna a la teoría garantista, constituye una teoría crítica del derecho, en términos de una exigente definición de la validez y sus relaciones con la vigencia y la eficacia jurídica. Y que se basa en el enjuiciamiento crítico de la divergencia entre deber ser y ser *en* el derecho, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. Es decir, se mantiene en el punto de vista interno al orden jurídico.

La tercera acepción ferrajoliana (que es la cuarta y última en el inventario que propongo), designa una filosofía política, al mismo tiempo que una crítica externa del funcionamiento del derecho y del Estado de Derecho, a los que impone la carga de la justificación externa de su legitimidad. Se trata de la tensión entre ser y deber ser *del* derecho. Este significado del

88 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 1995.

89 Se trata, de un modelo penal de “estricta legalidad...”, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar...de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. *Ibid.* Pág. 852.

garantismo entronca, en los términos del propio Ferrajoli, “*con el pensamiento ilustrado y de la “ciencia de la legislación” por él elaborada en los orígenes del moderno Estado de derecho; y es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria*”⁹⁰. Ferrajoli postula el principio democrático: el Estado y el derecho, en tanto que construcciones artificiales, tienen su razón de ser y su fundamento en la satisfacción de los valores “prejurídicos”, como son los intereses y las necesidades individuales y colectivas.

El punto de vista externo es el “de abajo”, o *ex parte populi*, frente al que homologa o disuelve la distinción entre punto de vista interno y externo (sea en nombre de algún iusnaturalismo, sea en nombre del positivismo vulgar), que es formulado “desde arriba” y *ex parte principii*. Las diversas doctrinas políticas autoritarias que eliminan el punto de vista externo de legitimación o lo calcan del punto de vista interno, tienen en común el carácter autoritario y la autofundamentación y la autojustificación del derecho y el Estado como valores y fines en sí mismos. Nos interesa hablar de garantismo en los dos últimos sentidos, como un paradigma crítico que tiene consecuencias políticas muy importantes⁹¹ y que está estrechamente vinculado con las preocupaciones que entran dentro del campo de análisis del Derecho Político.

4.2 Biografía intelectual: búsqueda de un paradigma jurídico crítico que al mismo tiempo conserve la pretensión de cientificidad

Nacido en Florencia en 1940, Luigi Ferrajoli ha ejercido como juez entre 1967 y 1975. Desde 1970 es profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Universidad de Camerino. Ferrajoli aparece, a principios de los años 70, vinculado con un movimiento que tuvo mucho predicamento dentro de los operadores jurídicos italianos el llamado “Movimiento del Uso Alternativo del Derecho” en

90 Ibid. Pág. 853

91 Por eso me refiero a las obras de Ferrajoli que tienen este contenido político, especialmente lo que él llama la Teoría General del Garantismo, que desarrolla en la quinta parte de su obra más importante que es *Derecho y Razón* y que amplía en sucesivas obras posteriores.

Italia, algunos de cuyos más conocidos integrantes como Pietro Barcellona, Giuseppe Coturri, Salvatore Cenesse, integrarían también la agrupación de jueces “Magistratura Democrática”, son juristas vinculados a la defensa de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción en general.

Por esos años, el aparato conceptual que utilizaban todos estos juristas era la crítica marxista del campo jurídico, había que interpretar el derecho a favor de las clases trabajadoras y populares de la sociedad. Partían de la certidumbre de que el derecho no era neutro, sino que respondía a determinados intereses de clases y, que por lo tanto, los jueces democráticos debían interpretar el derecho a favor de los más débiles. Para ello además, contaban con el reconocimiento jurídico de la centralidad social del trabajo asalariado declarado en la constitución italiana de postguerra, denominada expresamente como “república democrática y social de los trabajadores”.

Sin embargo, el traslado del conflicto de clases directamente al interior del campo del derecho iba a empezar a experimentar límites de difícil superación en los marcos teóricos y prácticos de los juristas alternativos. En primer lugar, si el derecho en tanto que práctica, como toda relación social, se transformaba en un escenario más de los antagonismos sociales, se perdía toda pretensión de un horizonte de generalidad, agregación de intereses y superación institucional de los mismos. En segundo lugar, y como corolario lógico del anterior, planteadas las cosas así, era mucho más factible que los operadores jurídicos, dadas las inercias de su formación e intereses sociales, se inclinaran por el uso del derecho a favor del poder y el orden establecidos.

De todo este grupo de operadores jurídicos, Ferrajoli, profundamente influido por la escuela iusanalítica de la filosofía del derecho italiana y por el positivismo jurídico, fue tal vez el que más se preocupó por dar sistematicidad y coherencia a una teoría jurídica científicamente bien fundada, pero que al mismo tiempo mantuviera sus postulados críticos.

La filosofía iusanalítica italiana, basada en la aplicación al mundo jurídico de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein, hacía también suyos los postulados del empirismo lógico y del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Sus iniciadores en los años 50 fueron Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli.

Los objetivos iniciales de esta tendencia iusfilosófica eran: a) construir una metateoría o epistemología jurídica, un conocimiento de la teoría del derecho y del estatuto científico de sus conceptos, b) el análisis (empírico/descriptivo) del uso del lenguaje de los operadores jurídicos en la construcción de conceptos legales y jurisprudenciales, con el fin de erradicar la ambigüedad, las incoherencias y las lagunas del orden jurídico. En ambas pretensiones la escuela receptaba los postulados kelsenianos de *neutralidad valorativa* de la teoría jurídica y de sistematicidad, completitud del orden jurídico, respectivamente. Pero actualizaba los instrumentos metodológicos a través del análisis del lenguaje jurídico, tanto teórico como práctico. Pero la crisis de esta escuela se hizo evidente a principios de los años 70. Varios fueron los factores que incidieron en ella:

a) En primer lugar, la crisis de la noción de neutralidad valorativa del derecho y de pureza de la teoría jurídica. Aquí el aspecto negativo de la crítica de los alternativistas del derecho tuvo un efecto corrosivo. La constatación de que los conceptos de los legisladores, jueces y operadores jurídicos en general están profundamente influidos por valoraciones y por lo que genéricamente se puede llamar “una política del derecho”, hizo que las aguas se dividieran entre quienes cayeron en una especie de realismo positivista por el que los fundamentos del derecho eran en última instancia exteriores al mismo (no hay que olvidar que el propio Norberto Bobbio empieza a interesarse mucho más por la teoría política, pasando de hecho a ser catedrático de dicha disciplina en la Universidad de Turín, en 1972), y quienes continuaron postulando y practicando la filosofía del derecho como conocimiento de segundo nivel, analítico y descriptivo del uso del lenguaje por parte de los operadores jurídicos, como es el caso de Uberto Scarpelli.

b) La pretensión de completitud, coherencia y sistematicidad del orden jurídico se ve afectada por la historicidad del derecho, que es un artificio, “*un mundo de signos producidos por actos lingüísticos expresados por actores institucionales (legisladores, jueces y funcionarios) y de significados asociados a ellos*”

por los intérpretes, sean éstos operadores jurídicos o juristas”⁹². Este carácter artificial e histórico del derecho, se visualiza mejor en coyunturas de crisis de legitimidad como la de principios de los años 70 en Italia, no por casualidad contemporánea de la emergencia del Uso Alternativo del Derecho y de la crisis de la filosofía iusanalítica italiana. Esa crisis de legitimidad, es también y al mismo tiempo, crisis de los fundamentos de la legalidad.

c) Para que esta teoría italiana del derecho iusanalítica, pudiera satisfacer sus exigencias epistemológicas debía influir sobre la práctica (el uso y la construcción de conceptos jurídicos) de los operadores (legisladores, jueces, funcionarios, etc.), lo que no consiguió. La autonomía y la distancia del ejercicio jurídico respecto a la teoría nunca fueron superadas. Los juristas siguieron practicando su “arte” con independencia de las prescripciones acerca de cómo sistematizar y reducir la ambigüedad del derecho positivo, emanadas desde la academia. En este panorama, Ferrajoli traza una ruta de navegación que intenta hacerse cargo y superar las debilidades del paradigma analítico positivista y del uso alternativo del derecho, manteniendo al mismo tiempo sus compromisos tanto con el positivismo jurídico, como con una interpretación crítica y comprometida del papel social del derecho y sus profesionales.

En esa tesitura produce, en 1970, una obra poco conocida en la Filosofía del Derecho argentina y latinoamericana, pero que está profundamente influida por la escuela analítica y la teoría del lenguaje de Wittgenstein, que es la *Teoria Assiomatizzata del Diritto*⁹³. Recientemente, retomando y completando dicha empresa, Ferrajoli ha presentado los tres volúmenes de su monumental obra *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2011)⁹⁴, donde vuelve a presentar su teoría general del garantismo esta vez acompañada de las definiciones y postulados axiomáticos correspondientes. En esas obras, Ferrajoli desarrolla un armazón lógico, una argumentación en términos de lógica jurídica que le permite construir la teoría

92 Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2000. Pág. 22/23.

93 Ferrajoli, Luigi. *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Parte generale. Giuffrè. Milano. 1970.

94 Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Trotta. Madrid. 2011

del garantismo discutiendo con la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, la teoría de derecho de Hart, o el positivismo jurídico de Norberto Bobbio dentro de su propio terreno, pero manteniendo al mismo tiempo los postulados críticos de un derecho garantista.

El concepto iusfilosófico fundamental, a través del que Ferrajoli consigue mantener esas exigentes pretensiones teóricas, no es otro que el de la validez jurídica. Según la concepción prevaleciente acerca de la misma entre los máximos expositores del positivismo (Kelsen, Hart, Bobbio), la validez de las normas se identifica, independientemente de su contenido, con su existencia. O sea, su pertenencia a un cierto orden jurídico, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción de ese mismo ordenamiento. Estas normas, de jerarquía superior (la imagen piramidal del derecho donde las normas inferiores derivan su validez de las superiores), establecen las competencias y los procedimientos para crear otras normas de menor generalidad. Estas últimas se presumen válidas y vigentes si han sido sancionadas por el órgano competente y el procedimiento previsto en las normas de la escala o grado superior. Sin embargo, para Ferrajoli este concepto de validez formal es insuficiente para comprender el derecho sobre la producción del derecho, que en las sociedades contemporáneas incorpora las exigencias del constitucionalismo, vinculantes para los legisladores, los gobernantes, los funcionarios y los jueces. Más allá de la mera idea de legalidad formal, el constitucionalismo supone una pretensión de validez sustancial, vinculante para los contenidos de las normas subconstitucionales. *“En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de las normas –habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional– no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos”*⁹⁵. De esta manera, según Ferrajoli, una norma (por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad), por más que tenga existencia formal o vigencia, por

95 Ferrajoli, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. En: Revista Jueces para la democracia. Información y debate. Nro. 16/17. Madrid. 1992.

haber sido creada por el órgano competente y el procedimiento prescripto, puede ser inválida y como tal susceptible de anulación por su *incoherencia* con los contenidos prescriptos a nivel constitucional.

Esta contradicción intentó ser resuelta en el paradigma positivista legalista (o “paleopositivismo” en términos de Ferrajoli), por medio de una presunción de validez formal que incluía los principios de que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior y de la prevalencia de las leyes especiales sobre las generales. Admisible entre normas de igual jerarquía, esta solución no resulta posible en caso de conflicto entre normas constitucionales y normas legales, no superable por vía interpretativa, sino sólo a través del “filtrado constitucional” de las normas inferiores y su declaración de inconstitucionalidad, sin la cual la contradicción permanece junto a la existencia de normas inválidas. Esta concepción “paleopositivista” de la validez jurídica constituye una grave confusión de las formas con el contenido de las normas jurídicas, que ha desarmado al positivismo jurídico acrítico frente a la arbitrariedad del poder que fija los contenidos del derecho. En realidad y en esencia, el Estado de Derecho ha sido y ha de seguir siendo, una continua construcción de técnicas de garantías que suponen una doble sujeción del derecho al derecho, y del poder al derecho.

Al decir del propio Norberto Bobbio (en el prólogo de *Derecho y razón*), esta operación ferrajoliana traslada la tensión entre derecho positivo y derecho natural al interior del ordenamiento jurídico positivo y del Estado de derecho, ahora como tensión entre ser y deber ser del derecho positivo mismo. Y esto, por medio de una concepción exigente de validez que debe entenderse en su dimensión sustancial: coherencia con respecto a los contenidos prescriptos por las constituciones y validez formal, es decir, vigencia y existencia por haber sido creadas las normas subconstitucionales de acuerdo al órgano, su esfera de competencia y los procedimientos prescriptos por la constitución. Lo que debe presumirse del orden jurídico es su carácter congénitamente incoherente e incompleto, y por lo tanto regularmente sometido a grados importantes de invalidez, en tanto el derecho es como vimos, una construcción humana y artificial imperfecta, pero por eso mismo, perfectible. De ahí que la teoría y práctica del derecho tenga un doble aspecto,

empírica-descriptiva del ser del derecho en cuanto a su validez sustancial y formal, y crítico-proyectiva en cuanto intenta cerrar la brecha entre ser legal y deber ser constitucional en el derecho por medio de la aplicación y creación de las correspondientes técnicas jurídicas de garantía. Así se desprende que el derecho sea concebido también y consecuentemente como un sistema de garantías.

De esta forma, el Garantismo Jurídico constituye una perspectiva crítica de las Ciencias Jurídicas, que viene a agregarle a la racionalidad formal de Kelsen una racionalidad material que tiene que ver con los contenidos: derechos fundamentales y garantías. La argumentación garantista va a tener consecuencias en cuatro aspectos teóricos fundamentales. En primer lugar, y por todo lo ya adelantado, en la teoría del Derecho y del Estado de Derecho; en segundo lugar, en la comprensión de los derechos fundamentales y la teoría política de la democracia; en tercer lugar en todo lo que tiene que ver con la interpretación de la Ley y el papel de los Jueces y, en cuarto lugar, en la construcción de una filosofía político- jurídica crítica, con notables implicancias prácticas en cuanto a la responsabilidad social y pública de los operadores jurídicos.

4.3 El punto de vista externo: el garantismo como teoría “heteropoyetica” del Estado y del Derecho

Desde el punto de vista filosófico-político, el garantismo se ubica entre aquellas teorías para las que el derecho y el Estado se justifican solamente como males menores, como instrumentos de realización de los derechos fundamentales. A diferencia de las teorías del Estado-fin, autorreferenciales, para el garantismo el Estado es un mal necesario que encuentra justificación fuera de sí mismo en los derechos fundamentales de las personas. El garantismo permite la crítica y deslegitimación externa de las instituciones, al partir de la separación y no confusión entre los pares derecho y moral, validez y justicia. La opción garantista se opone a la auto-justificación del Estado y del Derecho como valores en sí, o a su confusión con valores ontológicos y metajurídicos. Por el contrario, sostiene su justificación como instrumento oneroso o necesario de tutela de intereses vitales de los ciudadanos. Se trata, como dice Ferrajoli, de un punto de

vista “externo”, y “desde abajo”: *ex parte populi*, de la sociedad y las personas que la componen, considerados ellos mismos como fines y valores con respecto a los cuales el Estado es sólo un medio instituido para su tutela.

En contraste, deben considerarse “*autopoyéticas*”, todas las doctrinas de legitimación desde arriba. Desde las premodernas que legitimaban el poder político en su derivación de entidades metafísicas y metahistóricas, hasta las modernas teorías seculares de cuño idealista o ético positivista, que actualizan, cada una a su manera, la doctrina hegeliana del Estado ético. Todas estas ideologías, asumen el principio de legalidad no sólo como ordenador jurídico interno, sino también como principio axiológico externo, calcando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor en sí mismas (y no sólo validez o vigencia jurídicas), imputado apriorísticamente a su forma (positivismo ético), o peor aún a su fuente (soberano, sea que se atribuya tal carácter al *duce*, al partido, o al pueblo entendido como cuerpo homogéneo y unitario). Además suelen ir acompañadas de visiones organicistas del Estado idealizado como personificación de toda la sociedad y como depósito de “la” racionalidad, valores e intereses sociales. Confunden derecho y moral, ser y deber ser, siendo incapaces de distinguir el punto de vista interno del punto de vista externo, reduciendo la sociedad y las personas al Estado. A conclusiones similares llegan las teorías “realistas” o de la “razón de Estado”. La pérdida del punto de vista ético-político externo, independiente y en tensión con el punto de vista jurídico interno, se resuelve en la negación de la legitimidad del punto de vista autónomo de los individuos y las plurales subjetividades sociales, y por consiguiente, en una doctrina de la ausencia de -o la tendencia a- debilitar los límites y vínculos del poder del Estado.

Por el contrario, para Ferrajoli, el garantismo comparte un parecido de familia y debe ubicarse entre aquellas teorías que llama “heteropoyéticas”: en esta perspectiva la legitimación política del Estado sólo puede provenir desde afuera y desde la sociedad, entendida como “*suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales*”⁹⁶.

96 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 1995. Pág. 882.

En sentido genérico y no específico, Ferrajoli atribuye al garantismo el carácter de una teoría política “personalista”, pero al mismo tiempo “utilitarista”, veamos: *“Punto de vista externo o de abajo quiere decir sobre todo punto de vista de las personas. Su primacía axiológica, en consecuencia, equivale a la primacía de la persona como valor, o sea, del valor de la persona, y, por tanto, de todas sus específicas y diversas identidades, así como de la variedad de puntos de vista externos expresados por ellas”*⁹⁷. Por otro lado, el utilitarismo de la perspectiva garantista, estaría dado por la consideración del derecho y del Estado como artificios, construcciones creadas por y para las personas: *“Lo natural, de por sí, no es el Estado y el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo artificial, no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los poderes y los deberes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos”*⁹⁸. Los derechos fundamentales o “fundantes” de la razón de ser del Estado y del derecho, se constituyen en la modernidad primero a través del iusnaturalismo racional y luego como primacía o *prius* axiológico secularizado, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional.

4.4 La teoría de los derechos fundamentales y de la democracia en el garantismo.

Para Ferrajoli, la igualdad que pregonaba el Estado de Derecho no es una mera igualdad jurídica formal, sino que es una igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales; somos iguales en la medida de que podemos gozar igualmente de los derechos fundamentales. Se configura como un principio de igualdad compleja, que incluye las diferencias personales que hacen a la individualidad y la pluralidad y excluye las diferencias en tanto que desigualdades sociales que obstaculizan la vida, la supervivencia y el desarrollo de la personalidad. Es decir, un principio de igualdad en derechos que corresponden a todos y a todas que protege las diferencias, al mismo tiempo que combate las desigualdades sociales.

97 Ibidem. Pág. 902.

98 Ibidem, Pág. 882.

Ferrajoli considera fundamentales a todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto personas o ciudadanos con capacidad de obrar; entendiéndolo, a su vez, como “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones), o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. El criterio de “universalidad” es entendido por Ferrajoli en sentido formal o estructural, basándose en el carácter universal de su imputación a todas las personas, independientemente de los valores, los intereses y las necesidades que ellos tutelan. Los derechos fundamentales son, entonces, aquellos derechos que pertenecen a todos y a cada uno por igual y que en ese sentido son o tienen una tendencia a la universalidad y, además su carácter fundamental viene dado porque son derechos que deben ser indisponibles para el Estado y para el mercado. El Estado no puede decidir que no garantiza estos derechos, o que no va a llevar adelante las acciones positivas necesarias para garantizar esos derechos (en el caso de los derechos que exigen dichas acciones, como los económico-sociales). Estos derechos deben ser indisponibles, en tanto no pueden ser violados ni por el Estado, ni por actores económicos que actúen en el mercado no regulado, y en eso consiste su carácter de “fundamentales”: *“estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”*.⁹⁹

Más aún, Ferrajoli se manifiesta en contra de las tendencias generalizadas a confundir los derechos de libertad, es decir, los llamados derechos “de primera generación” -como la vida, la libertad de asociación, de opinión, de circulación, de manifestación, de pensamiento-, con los derechos patrimoniales en general y el de propiedad individual en particular.¹⁰⁰

Si comparamos derechos patrimoniales y derechos fundamentales encontramos las siguientes diferencias sustanciales que impiden mezclarlos en una misma categoría: en primer lugar, los derechos patrimoniales y específicamente el de propiedad individual, no pertenecen a todos y cada uno por igual, sino que son derechos exclusivos; son derechos que se ejercen excluyendo a

99 Ibidem. Pág. 906/907.

100 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999.

los demás, *excludendi alios*, esto quiere decir que son derechos que para poder ejercerse tienen que tener una titularidad exclusiva (sea esta individual o colectiva, como en las diversas formas de copropiedad). Por lo tanto, no son derechos universales, es decir, se puede ser propietario o se puede no serlo, con lo cual no se cumple el postulado de igualdad sustancial en derechos.

Una segunda diferencia radica en que los derechos patrimoniales, sean reales o personales, son disponibles, negociables, transables. A diferencia de los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos, los patrimoniales pueden acumularse. Los derechos fundamentales, en cambio, no se cambian ni se acumulan. Son indisponibles en un sentido activo, es decir inalienables para su propio titular y también en sentido pasivo, no son expropiables ni limitables por el Estado ni por otros sujetos públicos o privados.

4.5 Derechos contra poderes sociales salvajes

La primacía del punto de vista externo, no se manifiesta solamente, a la manera del liberalismo, en una perspectiva negativa o defensiva de la autonomía moral y política de las personas. La función garantista del derecho se manifiesta en forma proyectiva en la minimización del poder, que de otro modo tiende, como dice Montesquieu, a transformarse en absoluto.

Pero aquí también, más allá del liberalismo, esta tendencia no está dirigida solamente hacia los poderes públicos (que se expresan en las arbitrariedades políticas, el clientelismo, los abusos de poder policiales y administrativos), sino también a los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación económica y en las múltiples formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal. Se trata de una técnica de maximización del poder y la libertad y de regulación y limitación de los poderes sociales.

Los poderes sociales salvajes serían el remanente de absolutismo que habita en nuestras sociedades y sistemas políticos en los resquicios del Estado de derecho, sea en forma de relaciones sociales no reguladas por el derecho, sea en la forma de relaciones sociales reguladas por lo que Ferrajoli llama la mera legalidad: *“El grado de absolutismo que permanece en un sistema político, aun cuando esté organizado en las formas del*

*Estado de derecho, está constituido precisamente por los diversos espacios de poder extra-jurídico que se crean en la sociedad civil fuera del derecho o incluso dentro de las instituciones jurídicas, conforme a normas de mera legalidad que confieren poderes en blanco simplemente designando roles: de padre, patrón, dirigente y otros*¹⁰¹.

Trazando una analogía con el garantismo penal, Ferrajoli lo propone como técnica de expansión de los derechos fundamentales y de correlativa minimización de los poderes sociales salvajes y las desigualdades la legalidad estricta. Es decir, la predeterminación de los actos que determinan el legítimo ejercicio de cada poder, así como de sus presupuestos, sus formas y sus efectos.

De esta forma, los derechos y sus garantías se configuran como verdaderos contrapoderes, a través de la ampliación del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y situaciones de poder. Los poderes desordenados que se desarrollan en su interior son “obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos” (Art. 3.2 Constitución de la República Italiana).

El desarrollo de la lógica social y democrática del Estado de Derecho se recorta contra el horizonte del Estado liberal decimonónico, que Ferrajoli llama “paleoliberal”, o “liberista”, en perspectiva actual. *“El Estado paleo-liberal, partiendo de la confusión entre libertad y propiedad y entre derechos y poderes, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho reservándolos a la “libertad” del ciudadano: sobre todo la fábrica, donde no entraba el derecho; en segundo lugar, la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y, por consiguiente, a las dinámicas de las relaciones internas de fuerza; después los cuarteles, los hospitales, los conventos y todo el abigarrado conjunto de las instituciones totales que formaban, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general*¹⁰².

Es posible trazar una fenomenología de los poderes sociales salvajes. En las relaciones interestatales, a causa de la relativa ineficacia del derecho internacional para responsabilizar a los Estados, con la consiguiente carencia de límites normativos y

101 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit. Pág. 934

102 Ibid. Pág. 937.

de controles jurisdiccionales, donde sobreviven rasgos de la ley del más fuerte y la lógica de la potencia y la intimidación que se contraponen a la paz, la seguridad y los derechos humanos. Pero también en el plano doméstico en la medida que los Estados ejercen grados importantes de arbitrariedad y absolutismo: la discrecionalidad burocrática, la hipertrofia de los gobiernos, las tendencias a la irresponsabilidad jurídica y política.

Estos diversos poderes ilegales y extralegales, de escala micro a macro, nacionales e internacionales a veces se contraponen pero más frecuentemente se articulan formando un entramado de reforzamiento mutuo, desigualdad y violencia social, dado que comparten su carácter tendencialmente absoluto, y su común intolerancia frente al derecho como sistema de límites, vínculos y garantías.

4.6 Democracia sustancial y democracia formal

Una ulterior implicancia teórica tiene que ver con la democracia. Estos derechos fundamentales que se ejercen en forma igualitaria porque corresponden a todos y cada uno, universales e indisponibles para los poderes sociales, entrañan una dimensión sustancial de la democracia. Los derechos fundamentales ejercidos en igualdad, no están disponibles para las mayorías políticas ocasionales; estas, que acceden al poder por los mecanismos constitucionales, no pueden decidir si garantizan o no los derechos fundamentales, no pueden decidir que no van a realizar las políticas sociales que garantizan el goce de los derechos económicos y sociales; por ejemplo, no pueden decidir intervenir contra la garantías constitucionales de la libertad, ni tampoco pueden decidir no intervenir, es decir abstenerse, de garantizar los derechos económicos y sociales que requieren prestaciones públicas y sociales positivas. El contenido sustancial de la democracia, marca una dimensión indisponible e indecidible para las mayorías políticas circunstanciales.

La constitución, entendida como un conjunto rígido de vínculos, límites y deberes para los gobiernos, es decir, derecho sobre la creación del derecho, al establecer derechos fundamentales y sus correspondientes garantías, al mismo tiempo está imponiendo obligaciones de hacer y de no hacer a los gobiernos circunstanciales. *“Lo que llamamos constitución consiste*

precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales que tiene por destinatarios a los detentadores del poder. Bajo esta perspectiva, las constituciones no representan sólo el cumplimiento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes de imperativos positivos y negativos como su fuente de legitimación, pero también, y diría sobre todo, de deslegitimación. Constituyen, por así decir, unas utopías de derecho positivo, que en cuanto nunca realizables perfectamente establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales”¹⁰³.

Para Ferrajoli, esta es la sustancia del Estado constitucional, democrático y social, en tanto que pacto de convivencia basado en la igualdad en derechos. De ahí que recupera el principio de simetría entre derechos de los ciudadanos y los seres humanos y obligaciones de los gobernantes, que estableciera la Constitución del año III de la Revolución Francesa: la declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores.

4.7 La legitimación democrática sustancial de los jueces y la interpretación de la ley

Sigamos el hilo de la argumentación para ver qué consecuencias tiene este principio de (i)legitimidad democrática sustancial en la interpretación jurisprudencial del derecho y en el papel de los jueces. El rol de los mismos ya no consiste en el análisis de la mera conformidad de los actos jurídicos públicos y privados con la legalidad.

Por el contrario, el papel fundamental de los jueces pasa a consistir en el examen de la conformidad de las leyes y los actos de la administración a la constitución. En las mismas palabras de Ferrajoli, “...se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación, son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de la inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional”¹⁰⁴.

103 Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2000, Pág. 171.

104 Ferrajoli, Luigi. *Per una sfera pubblica del modo*. En: Teoria Politica. Vol.

Paradójicamente, pese a ser el poder judicial un poder contramayoritario, su actividad se legitima en la medida en que concreta por medio de las garantías jurídicas el contenido sustancial de la democracia. Su independencia de los otros poderes del Estado se basa en su función de garantizar la igualdad en el goce de los derechos fundamentales. La legitimación democrática sustancial de los jueces implica una responsabilidad cívica, desconocida en el paradigma del iuspositivismo formalista, consistente en señalar por medio de sus fallos las incoherencias (de contenido de las leyes con relación a la constitución), y las lagunas del ordenamiento jurídico positivo (cuando se omiten las acciones públicas, en forma, por ejemplo de la provisión de bienes públicos, que hacen a la garantía de los derechos de interés público, difusos o de incidencia colectiva, o de prestaciones sociales positivas, que hacen a la garantía de los derechos económicos y sociales).

4.8 El garantismo como teoría crítica y proyectiva del derecho. Sus implicancias políticas.

La última implicancia de la teoría garantista del Estado de derecho, tiene que ver con su carácter jurídico político. Ferrajoli no construyó una teoría solamente jurídica, sino que en realidad desarrolla sobre la base de todo un aparato lógico, jurídico, muy bien realizado; una teoría que tiene profundas consecuencias políticas. Como plantea Ferrajoli, la Ciencia Jurídica no puede ser neutra y avalorativa. La responsabilidad de los operadores jurídicos en sentido amplio (legisladores, jueces, doctrinarios, abogados, etc.) consiste en velar por los contenidos sustanciales y los procedimientos formales del Estado democrático, constitucional y social de derecho. Por lo tanto, esta responsabilidad es de una naturaleza social y pública fundamental. En este sentido, decimos que a la luz de la perspectiva garantista, la teoría y la práctica jurídica, la cultura jurídica, toman un sentido crítico y proyectivo. Crítico, por cuanto cambia la consideración del derecho. De totalidad sistemática y completa, pasa a ser entendido como un orden normativo afectado endémicamente por niveles

XVII. Nro. 3. Roma. 2001, Pág. 34.

importantes de incoherencia e incompletitud, y por lo tanto de invalidez e ineffectividad. Por lo tanto, la praxis jurídica toma una función desconocida por el viejo positivismo dogmático y formalista: “...la tarea, científica y política, al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento...”¹⁰⁵. Proyectivo, porque se trata de proponer nuevas técnicas de garantías y vínculos jurídicos a los poderes públicos y privados, para proveer los bienes y prestaciones públicos y sociales que hacen a los derechos reconocidos constitucionalmente pero no garantizados, es decir, a colmar los vacíos del orden jurídico. Esta falta de plenitud en forma de lagunas, resulta del incumplimiento de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas a los legisladores y gobernantes, que implican falta de normas legales reglamentarias y de técnicas apropiadas que garanticen la igualdad y la transparencia frente a la discrecionalidad y al clientelismo en la imputación de bienes y prestaciones a los sectores sociales más débiles.

4.9 La crisis del Estado de Derecho y el diagnóstico garantista.

El garantismo, desde el punto de vista externo (filosófico-político) de la relación entre ser y deber ser del derecho, analiza en el plano de la legitimación sustancial, la forma y los contenidos de institucionalización en la constitución y en las prácticas constitucionales de las tradiciones liberal, republicana, democrática y socialista. Dicha institucionalización constituye siempre un intento, que podemos valorar históricamente luego de que se produjo, de resolver las tensiones y potenciar el encuentro de dichas tradiciones. No otra cosa es el Estado de Derecho democrático y social. Pero al mismo tiempo el garantismo constituye una crítica jurídica interna de la relación entre ser y deber ser en el derecho, que opera en el plano de la validez jurídica sustancial y formal.

En ese sentido, opera como una crítica contrafáctica, pero también empírica, que analiza los Estados de derecho “realmente

105 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit. Pág. 28/29

existentes” en sus grados remanentes de absolutismo y por lo tanto, de acercamiento o lejanía del paradigma garantista.

Esta crítica, entonces, se transforma en un diagnóstico de la crisis contemporánea del Estado de Derecho. Crisis en la que va a distinguir tres aspectos diversos pero entrelazados. Primero, crisis de legalidad del Estado social. Segundo, crisis del Estado nacional, en tanto que, por los procesos de globalización y de integración supranacional, surgen nuevas fuentes de creación del derecho que no están sometidas a los vínculos establecidos por la Constitución y por el Estado de Derecho. Por lo tanto el tercer aspecto del diagnóstico, lo constituye la crisis del sistema de fuentes del derecho.

Esta triple crisis del Derecho tiene que ver con la hipertrofia del Poder Ejecutivo en relación a los Poderes Legislativos y Judicial. La teoría tradicional de la complementariedad funcional y de los controles mutuos entre los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo se ve desmentida en la realidad con un crecimiento de la Administración Pública y de su opacidad. Es decir, del carácter opaco y no público, cada vez menos sometido a controles jurídicos ni sociales, de muchas de las actividades del Estado.

La crisis de legalidad del Estado social tiene que ver con las condiciones propias de la actual globalización neoliberal. Ferrajoli formula este debate desde un contexto europeo e italiano, caracterizado por el progresivo retroceso y la pérdida de la universalidad de las prestaciones en términos de derechos económicos y sociales de los Estados de Bienestar europeos, lo cual refuerza la discrecionalidad y la arbitrariedad política en la prestación que tiene que ver con la garantía de los derechos sociales.

Tradicionalmente, los derechos sociales requieren otro tipo de políticas en su garantía que los derechos de libertad, o los derechos fundamentales llamados de primera generación, como son las libertades individuales, propiedad, los derechos que tienen que ver con la ciudadanía, etc.

Los derechos sociales requieren políticas activas en forma de prestaciones positivas: la vivienda, la salud, la educación, requieren que el Estado intervenga, que actúe, que desarrolle políticas públicas; que desarrolle recursos humanos y administrativos destinados a la garantía de esos derechos. En cambio,

los derechos de libertad: la libertad de opinión, de expresión, de asociación, etcétera, es decir los derechos de primera generación, requieren la abstención del Estado; requieren poner un límite negativo a la acción del gobierno o del Estado.

Entonces, la crisis social del Estado no solamente supone para Ferrajoli, que se debilita la capacidad de los Estados para realizar políticas positivas, políticas activas de promoción y defensa de los derechos económico-sociales, sino que además refuerza, dada la merma de la universalidad de esas prestaciones, la posibilidad de un uso discrecional y arbitrario de la capacidad del Estado de intervenir a favor de determinados sectores sociales. En consecuencia, las garantías de los derechos económicos y sociales, y las políticas y prestaciones correspondientes se transforman en un escenario de luchas, de conflictos, de intereses sociales corporativos para volcar las mismas en su favor. Por eso Ferrajoli insiste en que la crisis del Estado social es también, y al mismo tiempo, crisis de legalidad del Estado de derecho.¹⁰⁶

La crisis del Estado nacional soberano, tiene que ver con el surgimiento, a raíz de los procesos de transnacionalización y globalización económica, de fuentes nuevas que crean normas jurídicas, pero que no están sometidas a los vínculos de la Constitución, ni del Estado de derecho. La Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, es una organización creada por un Tratado Multilateral que es autónoma e independiente de la Carta de las Naciones Unidas y que tiene capacidad de dictar resoluciones que son verdaderas sentencias de derecho internacional comercial, donde impone sanciones comerciales a los Estados miembros. En esta tarea, la OMC no está subordinada a una pirámide jurídica internacional o jerarquía de fuentes del derecho, jerarquía que por ahora no existe más allá de los Estados nacionales.

Por su parte, las empresas multinacionales y/o transnacionales, que operan simultáneamente en varios países en las relaciones de producción, distribución y de consumo, tienen capacidad para crear un mercado intra e interempresario y, por

106 No es ocioso recordar que Ferrajoli está discutiendo desde el contexto político y social italiano, que, como es sabido, desde el punto de vista de la corrupción, el clientelismo y la discrecionalidad en el ejercicio de las políticas, tiene semejanzas con el al panorama que tenemos presente de forma generalizada y endémica en los Estados latinoamericanos. .

lo tanto, un derecho informal que ha sido denominado *Lex Mercatoria*. A partir de la flexibilidad e informalidad de esta *Lex Mercatoria* es que las corporaciones tienen la capacidad de diseñar una ingeniería jurídico-financiera que les permite desplazar sus actividades, allí donde tienen menos costos fiscales, ambientales y pagan menos cargas sociales: es decir, menos salarios, menos prestaciones sociales. Todo ello a través de una red de filiales, proveedores, subcontratistas. Por esto, las condiciones de competitividad de las economías para atraer la inversión extranjera directa productiva, están atadas a los entornos favorables para este tipo de empresas, que suponen, a su vez, bajar los pisos de garantismo social y ambiental. Se genera una competitividad que impulsa las garantías de los derechos económicos y sociales *hacia abajo*. Se trata de un derecho que, en contraste con la ausencia, ineficacia o insuficiencia de los mecanismos de garantía internacionales y en muchísimos casos nacionales, de los Tratados Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se caracteriza por su informalidad, por ser producto de actores importantes dentro del escenario global y del escenario internacional, como son las empresas transnacionales, y por no estar sometido a vínculo jurídico alguno desde el punto de vista de las garantías del constitucionalismo y del Estado de derecho.

De esta forma, estamos ante una globalización no regulada, que se manifiesta a través de una anomia generalizada y de una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales. Neoabsolutismo regresivo que se instrumentaliza en la ausencia o ineficacia de reglas expresamente asumidas por el capitalismo globalizado, como una especie de nueva *grundnorm* del orden económico y político internacional.¹⁰⁷

Un análisis y un balance, aunque sea puramente sumario, de la actual organización internacional revela la existencia de instituciones de tipo universal, como la ONU, la FAO, la OMS, que no cuentan con el peso que deberían tener, y de instituciones

107 “Ne sta risultando una generale anomia e una regresione neoassolutistica cosi delle grande potenze como dei grande poteri economici transnazionali: che é un neoassolutismo regresivo e di ritorno che si manifesta nell ’assenza di regole alertamente asunta, dall odierno capitalismo globalizzato, come una sorte di nuova grundnorm del nuovo ordine economico e politico internazionale”. Ferrajoli, Luigi; *Per una sfera pubblica del mondo*. En: Teoria Politica. Vol. XVII. Nro. 3. Roma. 2001. Pág. 14.

de tipo particularístico, como la OTAN y el G8, dotados en cambio de poderes enormes de intervención y de gobierno.¹⁰⁸ Estas tendencias que detectó el diagnóstico del garantismo en su momento, cobran renovada actualidad al calor de la crisis económica y financiera de la Unión Europea, confirmándose en sus aristas más críticas que amenazan los derechos sociales tan trabajosamente conquistados en Europa después de la segunda guerra mundial. El vaciamiento de los contenidos democrático sustanciales de las constituciones en su vertiente social se produce desde una instancia supranacional solamente preocupada por la estabilización financiera a costa de la ciudadanía social en Grecia, España, Italia y Portugal, donde las garantías de los derechos quedan supeditadas a los objetivos fiscales fijados por el Banco Central Europeo y el FMI, y ejecutados como planes de ajuste a veces por políticos con legitimidad electoral de origen pero que rápidamente se disipa en el ejercicio del gobierno, a veces por tecnócratas impuestos después de crisis parlamentarias. Con lo que no sólo se está afectando gravemente la dimensión de legitimidad democrática sustancial (qué se debe omitir y qué n se puede omitir en materia de derechos fundamentales) sino también la legitimidad formal esto es quién y cómo debe gobernar.

Ferrajoli se sitúa en una postura absolutamente crítica frente a esta tendencia, sostiene que lo que hay que hacer es exactamente todo lo contrario: volver a redoblar, pese a todos los obstáculos actualmente existentes, la apuesta a favor de la razón jurídica de la modernidad, desde la que se construyó todo lo que es la teoría de los Estados de derecho y del constitucionalismo en sus diversas etapas. El futuro del constitucionalismo y de la democracia, debe proyectarse a través de una triple articulación: *“hacia un constitucionalismo social, añadido al liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado, añadido al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, añadido a aquél estatal”*¹⁰⁹.

108 “Un ´analisi e un bilancio sia pure sommari dell´ attuale organizzazione internazionale rivelano infatti la esistenza di istituzioni di tipo universalitico -come l´ ONU, la FAO, la Organizzazione Mondiale dell Sanità- che non contano quasi nulla; e di istituzioni di tipo particolaristico -come la NATO, la Organizzazione Mondiale del Comercio e il G8- dotate invece di enormi poteri d´ intervento e di governo.” Ibid. Pág. 14.

109 Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2000, Pág. 178.

5. Conclusiones: neoconstitucionalismo, garantismo y Estado de derecho

Desde la perspectiva externa, el neoconstitucionalismo y el garantismo serían en realidad teorías de la sospecha de (i) legitimidad y de la consiguiente perfectibilidad de los Estados de derecho “realmente existentes”, toda vez que les imponen la carga de la justificación frente al núcleo duro de la legitimidad sustancial que está dada por la igualdad en la garantía de los derechos que deben ser indisponibles para el Estado y para el mercado. En ese sentido ellas recuerdan y reelaboran los motivos de la crítica jurídica en un marco de teoría del derecho más riguroso.

Lejos de conformarse con la legitimidad formal de acceso y de ejercicio al poder político (quiénes y cómo lo ejercen), la teoría garantista y neoconstitucionalista de la democracia le agrega una dimensión sustancial que tiene que ver con el qué se puede y qué no se puede omitir en la garantía de los derechos, que constituye la legitimidad democrática basada en la noción de estricta legalidad y también, aunque Ferrajoli no desarrolla demasiado esta idea más visible en el neoconstitucionalismo, en un consenso fuerte y exigente que debería buscarse en la cultura de los derechos y en la participación democrática.

Estricta legalidad que es la forma de expansión de los derechos fundamentales, la democracia sustancial y el Estado de derecho frente a los poderes sociales salvajes de toda índole. Terminología ferrajoliana, que equivale en el neoconstitucionalismo el nivel constitucional del derecho sobre la producción y los contenidos del derecho como superlegal. Es decir, remite a la supremacía y a la rigidez constitucionales.

En el plano interno al derecho, el garantismo y el neoconstitucionalismo, en vez de presumir “a priori” la coherencia y completitud del derecho positivo, se configuran como una crítica en el ordenamiento de su carácter congénitamente incoherente entre los contenidos constitucionales y las prácticas legislativas y administrativas. También frente al carácter lagunar e incompleto, toda vez que se constitucionalizan de forma simbólica derechos que carecen de garantías, políticas que les confieran eficacia y normas subconstitucionales que los concreten. Justamente ahí está la clave de una actividad político-jurídica

orientada normativamente por el principio de legitimidad democrática sustancial del Estado constitucional de derecho: el imperativo de acortar la tensión entre el ser del derecho (y de los poderes sociales) y el deber ser de los valores, principios y derechos establecidos en la constitución.

Esta comprensión del Estado Constitucional resulta especialmente pertinente en nuestra región al ofrecer un amplio campo de expansión en el plano interno al derecho, dado por la divergencia entre un constitucionalismo declarativo avanzado y las prácticas legales, administrativas y judiciales plagadas de incoherencias y omisiones en la garantía de los derechos constitucionalizados sólo simbólicamente. También en el plano externo que hace a la legitimidad del Estado y el orden jurídico, dado el contraste entre el modelo y los programas constitucionales y la variada fenomenología de poderes salvajes públicos y privados que campean a sus anchas en nuestras sociedades.

En este sentido, para quienes ejercemos la docencia y la investigación en el campo del Derecho Público, y más específicamente del Derecho Político, neoconstitucionalismo y garantismo son doblemente pertinentes: tienen que ver con la recuperación del sentido originario de nuestra materia. El Derecho Político no es y no debe ser una materia al servicio del realismo del poder, que sirva para formar a los futuros abogados en la justificación de la desvinculación jurídica de los poderes políticos y económicos. Tampoco son consistentes las pretensiones de neutralidad valorativa de la ciencia política empírica, que busca encajar dentro de los planes de estudios de las carreras de Derecho unas nociones de Ciencias Políticas para mejorar la cultura general de los futuros operadores jurídicos. Por el contrario, el derecho político tiene un sentido crítico y valorativo, analiza las condiciones de posibilidad, los alcances y los límites del derecho a la hora de regular los poderes sociales que, de otra forma, devienen arbitrarios y salvajes. Así como las fuerzas sociopolíticas y las ideologías que favorecen u obstaculizan dichos alcances y límites. De esta forma, el derecho político recupera las promesas incumplidas de lo que Ferrajoli llama la *razón jurídica moderna*: la lucha por el derecho y los derechos, en tanto son instrumentos que permiten acceder a los bienes para la vida digna.

6. Ejercicios

1. Explique dos factores de semejanza y dos de diferencia entre la crítica jurídica europea y la latinoamericana.
2. ¿Reconoce alguna de las características que los autores de la crítica jurídica le imputan a la formación académica de los/as abogados/as en el proceso de enseñanza de su facultad? Fundamente su respuesta afirmativa o negativa.
3. Explique la relación entre derecho y moral según el neoconstitucionalismo.
4. ¿Qué cambios supone el neoconstitucionalismo en la comprensión del Estado de derecho? Enumere y explique al menos dos.
5. ¿Cuál es el papel de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo?
6. ¿Qué papel cumplen los jueces en el neoconstitucionalismo?
7. Explique los significados del término garantismo jurídico.
8. Explique qué se entiende en el garantismo jurídico por punto de vista externo y punto de vista interno al orden jurídico.
9. ¿Qué significa que el garantismo presume la (i)legitimidad del derecho?
10. ¿Qué significa que el garantismo considera al orden jurídico incoherente e incompleto? Explique y ejemplifique con algún ejemplo de nuestro propio orden jurídico.

11. ¿Por qué Ferrajoli considera que los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales?
12. Diferencie y explique la dimensión sustancial y la dimensión formal de la democracia según la teoría garantista.
13. Explique los cambios que el garantismo supone para la ciencia jurídica.
14. Relacione el diagnóstico garantista acerca de la crisis del Estado de derecho con algún ejemplo de actualidad nacional o internacional.

7. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En: Vigo, Rodolfo Luis. La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires-Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004.
- Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En: Carbonell, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Trotta.Madrid. 2003.
- Barcellona, Pietro y Cotturri, Giuseppe. *El Estado y los juristas*. Fontanella. Barcelona. 1976.
- Bidart Campos, Germán. *Legalidad y legitimidad*. En: Bidart Campos, Farinatti, Rajland, Slavin y Slavin. Estudios de Derecho Político. Ediciones Suarez. Mar del Plata. 2000.
- Carbonell, Miguel. *Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo*. En: Idem (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Trotta. Madrid. 2003.
- Carbonell, Miguel (Coord.). *Diccionario de derecho constitucional*. Porrúa-UNAM. México D.F. 2002.
- Comanducci, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis metateórico*. En: Carbonell (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta. Madrid. 2003.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Trotta. Madrid. 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. En: Revista Internacional de Filosofía Política. Nro. 17. Julio. Madrid. 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *Per una sfera pubblica del mondo*. En: Teoria Política. Vol. XVII. Nro. 3. Roma. 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2000.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999.

- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. En: Revista Jueces para la democracia. Información y debate. Nro. 16/17. Madrid. 1992.
- Ferrajoli, Luigi. Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale. Giuffrè. Milano. 1970
- Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Ediar. Buenos Aires. 2007.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1961.
- Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI. México D.F. 1981.
- Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta. Madrid. 1997.
- Prieto, Luis. *Neoconstitucionalismo*. En: Carbonell, Miguel (Coord.) Diccionario de derecho constitucional. Porrúa-UNAM. México D.F. 2002.
- Quiroga Lavie, Humberto, Benedetti, Miguel, Cenicacelaya, María. *Derecho constitucional argentino. T.1*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1999.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997.
- Radbruch, Gustav. *Filosofía del derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.
- Saavedra, Modesto. *Presentación desde Europa*. En: Bueno de Carvalho, Amilton, De Carvalho, Salo (Orgs.). Directo alternativo e pensamento juridico europeu. Lumen Iuris. Río de Janeiro. 2004.
- Sampay, Arturo. *Constitución y pueblo*. Cuenca. Buenos Aires. 1974.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta. Madrid. 1995.

Capítulo 

FEMINISMOS Y DERECHO



1. La propuesta de abordaje

El derecho como conjunto de normas que regula las instituciones y comportamientos de los miembros de una sociedad es una herramienta de atribución de potencias e impotencias que delimita el campo de lo que puede o no hacerse, de los derechos que pueden o no ejercerse y de las obligaciones que se tiene o no se tiene¹¹⁰. Asimismo, también determina quiénes son los sujetos incluidos y excluidos en la recepción de tales potestades.

En este sentido, todo reparto de potencias e impotencias implica una ideología subyacente que legitima el Estado de cosas normativamente consagrado y que hace comprensible lo que se dice explícitamente y lo que se elude expresar¹¹¹.

Como puede notarse, el ordenamiento jurídico no asigna las mismas facultades y obligaciones para todos los miembros de una comunidad y esta desigualdad se basa en ciertas concepciones ideológicas previas a la instancia de creación de las normas. Si se comprende al derecho como un discurso del poder¹¹², entonces la reflexión continua sobre los presupuestos sobre los que arraiga la legitimación jurídica se torna completamente necesaria e imperiosa.

110 Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios”. En *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 32. 2009. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/898/721>. Consultado el 20/01/2012.

111 Ver Raiter, A. “Mensaje, presuposición e ideología” en Raiter, A., Zullo, J., Pérez, S., Unamuno, V., Labonia, D., Muñoz, I. *Discurso y Ciencia Social*. Bs. As: EUDEBA, 1999.

112 Cfr. Marí, Enrique. *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Mimeo.

En este marco, en este capítulo, en primer lugar se realizará una distinción conceptual entre las teorías de género y el/los feminismo/s. Luego, se abordará la discusión acerca de la conveniencia de denominar al/a los movimiento/s mediante una etiqueta única o si es necesario recurrir a la idea de “feminismos” en plural. A continuación, se realizará una clasificación usual de estos movimientos que tiene en cuenta las reivindicaciones históricas y teóricas. Por último, se incluirán las críticas del/de los feminismo/s al derecho.

2. Primera distinción conceptual

Como señala Joan Scott¹¹³, el origen del concepto de género, en su acepción actual, podría hallarse en las feministas americanas que destacaron la relevancia de las distinciones sociales basadas en el sexo. El término “género” surgió con la idea de contrastar con el determinismo biológico implícito en “sexo” o “diferencia sexual”. Debe quedar claro en esta instancia, entonces, que ‘género’ no se refiere solo a la cuestión femenina ni denota solo a las mujeres. Por el contrario, abarca todas las construcciones sociales y culturales que acompañan a las personas de uno u otro sexo. Así, los atributos del género son femeninos y masculinos y apuntan a los roles que se esperan sean ejercidos, a las tareas a desarrollar, a las modalidades de comportamiento, a los usos sociales y hasta incluso los movimientos físicos que los individuos deben desarrollar conforme su sexo. Por ejemplo, en nuestra cultura, los atributos femeninos esperables son: la delicadeza y suavidad en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros, la realización de las tareas domésticas y manuales, la belleza, entre otros. Por el lado de los atributos masculinos, pueden encontrarse: la brusquedad en las acciones, la violencia, la competitividad, etcétera¹¹⁴.

113 Cfr. Scott, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. Disponible en http://fundacionhenrydunant.org/docs/genero_mujer_desarrollo/Tema%201/3.pdf. Visitado el 24/05/2012.

114 Cfr. Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho” en West, Robin. *Género y teoría del Derecho*. Pedro Lama Lama (trad.). Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

En contrapartida con esta noción de género, cabe ahora definir el concepto de ‘sexo’. Este término, que, como se ha dicho anteriormente, ha sido el extremo respecto del cual han procurado diferenciarse las/os estudiosas/os del género, designa las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos¹¹⁵.

El género denota las construcciones culturales, las ideas sociales sobre los roles apropiados para mujeres y hombres que constituyen cuerpos sexuados, es decir, con una determinación biológica. No obstante, el ‘género’ trasciende el sexo y se erige en una forma de referirse exclusivamente a los orígenes sociales de las identidades subjetivas de hombres y mujeres¹¹⁶.

En resumen, el ‘género’ define las concepciones sobre las diferencias culturalmente construidas para diferenciar a las personas, mientras que el ‘sexo’ es un concepto que designa distinciones meramente biológicas.

Esta distinción cobró importancia en los ámbitos académicos puesto que, si en una primera instancia histórica, los estudios se centraban en la mujer, paulatinamente fueron reemplazados por los estudios de género. Esta incorporación no es menor puesto que condujo a la ampliación de los estudios que ya no se acotaban al espectro de las mujeres sino que ahora también incluía a los hombres como objeto disciplinar¹¹⁷.

Tras estas aclaraciones, Joan Scott señala que es usual la identificación de la problemática de género como la cuestión femenina o de las mujeres. En este sentido, constituye una de las ventajas de la utilización de la denominación de ‘género’ dado que, en los estudios académicos, constituye una forma en apariencia neutral de abordaje de la temática femenina y, tal vez, sea una forma de subrayar la seriedad académica de una obra pues parece deslindarse de las reivindicaciones y luchas feministas¹¹⁸.

En esta acepción [la que identifica ‘género’ con ‘mujeres’], “género” no comporta una declaración necesaria de desigualdad o de poder, ni nombra al bando (hasta entonces invisible) oprimido. Mientras que el término “historia de las mujeres” proclama su política al afirmar (contrariamente a la práctica habitual) que

115 Ídem.

116 Cfr. Scott. *Op. Cit.*

117 Cfr. Jaramillo. *Op. Cit.*

118 Cfr. Scott. *Op. Cit.*

las mujeres son sujetos históricos válidos, “género” incluye a las mujeres sin nombrarlas y así parece no plantear amenazas críticas. Este uso de “género” es una faceta de lo que podría llamarse la búsqueda de la legitimidad académica por parte de las estudiosas feministas en la década de los ochenta.¹¹⁹

Sin embargo, lo antedicho no debe conllevar el olvido de que el género no es solo historia de lo femenino, sino también de lo masculino, la información de las mujeres indefectiblemente es información acerca de los hombres. Son dos extremos que se implican mutuamente¹²⁰.

3. El feminismo o los feminismos¹²¹

Como señala Jaramillo, el derecho como instrumento regulador de la vida social no puede dejar de ser blanco de ataque de la crítica feminista que aspira a introducir reformas en él, así como tampoco puede escapar a su condición de ser una de las herramientas más importantes en la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar deseado en la sociedad.

No obstante ello, las críticas al derecho y los mecanismos de utilización de lo jurídico no son uniformes hacia el interior del movimiento feminista y varían tanto en su intensidad como en su cualidad y cantidad. Ello en tanto dependen de la manera en que cada mujer o conjunto de mujeres entiende su opresión en la sociedad en la que se encuentra inserta/o¹²².

De acuerdo a lo dicho, ya puede advertirse que es muy difícil hablar del feminismo como un fenómeno único y que resulta más apropiado referirse a los feminismos.

No obstante lo antedicho, sobre el feminismo en general es posible dar la siguiente definición que goza de un extendido consenso: el feminismo es el

119 Ídem.

120 Ídem.

121 En este acápite se utilizará como guía Jaramillo. *Op. Cit.*, por ello, se recomienda que, para ampliar los conceptos aquí introducidos, se consulte dicha obra, así como también el trabajo de Robin West “Género y teoría del derecho” que forma parte de la misma obra.

122 Cfr. Jaramillo. *Op. Cit.*

... conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino¹²³.

¿Por qué brindar una definición que aúne a las distintas vertientes si, como se ha dicho, no existe un feminismo homogéneo sino distintas corrientes? Utilizar un término para designar una pluralidad de fenómenos que, aunque distintos, responden a algunas características genéricas en común, presenta la ventaja de reunir un conjunto de teorías y prácticas políticas bajo un denominador común, a la vez que facilita su distinción respecto de otras¹²⁴. Como puede verse, esta fortaleza terminológica es más útil para los estudios académicos que para el desarrollo de las mismas prácticas políticas que pueden prescindir del título unificador.

No obstante lo expresado, la utilización de la etiqueta única del ‘feminismo’ ha sido susceptible de variadas críticas. A continuación se mencionan algunas de ellas:

1) Discusión sobre la utilidad del agrupamiento de los feminismos bajo un mismo denominador.

En este sentido, se cuestiona si realmente es ventajosa la utilización de un solo término para identificar corrientes diversas. En el ámbito teórico se oponen a la idea de lo “común” quienes consideran que lo femenino o “las mujeres” no constituyen una categoría útil a los efectos de la comprensión de la realidad social. Por el contrario, se sostiene que de esta forma se perpetúa una intención de preservar un poder adquirido. Por ejemplo, se menciona que por ‘feminismo’ se hace referencia a las mujeres blancas de clase media que son las que tienen efectivas posibilidades de acceder a los ámbitos científicos por lo que monopolizan la representación.

123 Ídem.

124 Ídem.

Como contrapartida, las defensoras de la etiqueta común apuntan la importancia de la unificación de esfuerzos para posicionar la cuestión de la opresión de las mujeres como tema de debate académico¹²⁵.

También, en relación a las críticas a la agrupación de los distintos movimientos de mujeres bajo una idea de lo “común”, la discusión se centra en que, bajo la idea de la “unidad”, se protege y disimula el poder adquirido por las mujeres blancas de clase media en lo referente a la determinación de la agenda en la práctica política.

En segundo término, se critica que la bandera de la “unidad” atenta contra la vinculación con otros movimientos políticos que tienen intereses comunes a los de los movimientos de mujeres. Entonces, deriva en el aislamiento y posible debilitamiento, o, al menos, en el menoscabo de la posibilidad de fortalecimiento.

Por su parte, las defensoras del término único señalan que la unidad aún en la diversidad afirma un mejor posicionamiento para la lucha política, sobre todo en atención a que el feminismo, o los feminismos, constituyen una minoría y grupo/s menos poderoso/s dentro de la sociedad. Asimismo, argumentan que hacer hincapié en las diferencias en forma excesiva y no en lo común, sería altamente perjudicial para la/s causa/s, en tanto, al fin y al cabo, si las vivencias de cada mujer son únicas y no comunes, los problemas son individuales y por lo tanto las soluciones deben buscarse en la esfera privada y no la pública, es decir, quedan excluidos de la acción política. Como consecuencia, los movimientos feministas no tendrían sentido¹²⁶.

A modo de conclusión, en relación con este primer grupo de críticas, Jaramillo apunta que el uso de la etiqueta siempre acarreará un costo teórico y político y por ello resulta menester reconocer cuáles son esos costos, cuáles pueden ser evitados y mediante qué caminos, así como también si los beneficios a obtener son mayores¹²⁷.

125 Ídem.

126 Ídem.

127 Ídem.

2) *Discusión sobre el compromiso político desde el que se define el feminismo en relación con la realidad social.*

En este núcleo, las críticas apuntan que el feminismo se define como un movimiento de lucha política que procura alcanzar ciertos triunfos sociales y modificar la realidad que oprime a su grupo. Sin embargo, opinan los críticos que los objetivos ya se han cumplido por lo que los estudios académicos y la lucha política feminista carecen de sentido. Como fácilmente puede apreciarse, esta crítica es infundada pues tras cada conquista en materia social y jurídica se replantean los objetivos y se fijan nuevas metas. Además, la vida de las mujeres no es igual a la de los hombres. Como consecuencia de las críticas de este segundo grupo surge una nueva necesidad de justificación del feminismo en el contexto social y político actual.

Por su parte, las defensoras del feminismo señalan que la existencia del movimiento no es superflua puesto que de desaparecer ¿quién se encargaría de correr el velo de la negación de la desigualdad?¹²⁸.

3) *Discusión en torno al carácter verdaderamente teórico de la 'teoría' feminista.*

Es decir, las críticas ponen en tela de juicio el postulado de que el feminismo proporciona una explicación de la realidad social académicamente válida puesto que sostienen que reconoce su fundamento en una convicción política. De esta forma, solo pueden reconocer en la doctrina feminista un discurso político.

Para contestar esta crítica, se ha señalado que la única diferencia entre las teorías feministas respecto de otras es su aceptación explícita del compromiso político que subyace a su visión del mundo, a su empresa conceptual y su formulación del contenido de su compromiso político¹²⁹.

La discusión sobre la denominación única del feminismo o de los feminismos también se traslada al ámbito jurídico. Así,

128 Ídem.
129 Ídem.

García Amado¹³⁰ señala que las teorías feministas del derecho tampoco son uniformes y por ello lo que él llama “Jurisprudencia feminista” no es más que un conjunto de doctrinas y autoras/es que tienen en común algunos puntos básicos relevantes. Entre estos puntos se encuentran el entender que la mujer es relegada a una posición subordinada en las sociedades actuales y pretéritas, que ello es injusto y que el derecho coadyuva a la perpetuación de tal paradigma.

4. Tipos de feminismos¹³¹

Como se ha dicho, hacia el interior del feminismo se encuentra una amplia gama de corrientes distintas entre sí, que se diferencian, sobre todo, en atención a su modo de entender la opresión de la mujer en las sociedades contemporáneas y las consecuentes transformaciones sociales que se proponen. Conforme a este criterio pueden distinguirse las siguientes teorías feministas:

1) Quienes consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de manera igual a los hombres (*feminismos de la igualdad*).

Dentro de este grupo se encuentran tres vertientes conforme a lo que se entiende por ‘igualdad’.

- a) En primer lugar, se encuentran quienes sostienen que la ‘igualdad’ significa igualdad de oportunidades formales (*feminismos liberales clásicos*).
- b) En segundo término, los *feminismos liberales sociales* proponen la igualdad en las oportunidades en términos reales o materiales.
- c) En una tercera instancia, los *feminismos socialistas* entienden la igualdad en cuanto al acceso a los recursos.

130 Cfr. García Amado, Juan Antonio. “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho”. Disponible en <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/Tienensexo.pdf>. Consultado el 20/05/2012.

131 Al igual que en el apartado anterior, aquí también se utilizará como texto base el de Jaramillo. *Op. Cit.*

2) Quienes sostienen que las mujeres son oprimidas en virtud de que no se reconoce como valiosa su diferencia respecto de los hombres (*feminismo de la diferencia*).

3) Las *feministas radicales* explican que el género es la estructura social predominante y el problema de las mujeres es la falta de poder¹³².

Desde una perspectiva histórica, el feminismo liberal clásico se enmarcó en los movimientos liberales de los siglos XIX y XX que sostuvieron que tanto mujeres como hombres debían ser titulares de los mismos derechos. Hasta ese entonces, el argumento para excluir a las mujeres de la vida cívica y política era el que enarbolaba su menor capacidad racional. En contra de esta idea, el feminismo liberal clásico sostuvo la igualdad en las capacidades de ambos géneros y propugnó la igualdad de acceso a las condiciones de desarrollo: educación, empleo, política, etcétera. En gran medida, los objetivos se lograron, al menos formalmente.

No obstante la remoción de los obstáculos de forma –mayoritariamente legales–, la realidad demostró que la mujer continuaba relegada a los ámbitos domésticos y que de ella solo se esperaba su dedicación al mantenimiento del hogar, la atención de la familia y a sus cuidados estéticos. Esto derivó en que, paulatinamente, el feminismo liberal clásico demostrara algunas deficiencias y crecieran las críticas en su contra. En este marco, apareció el feminismo liberal social como alternativa superadora de ciertas deficiencias.

El feminismo liberal social, inspirado en la doctrina marxista, sostiene que el ejercicio pleno de la libertad requiere el acceso a los recursos materiales necesarios, por ello, no puede hablarse de igualdad entre hombres y mujeres mientras en la realidad subsistan las desigualdades.

La reinterpretación feminista del liberalismo social enfatiza en la desigual distribución de recursos de acuerdo con el género. Se concentra entonces en mostrar que si bien las mujeres tienen acceso al empleo, están peor remuneradas que los hombres; tienen jornadas laborales más largas porque no solo deben atender a sus

132 Ídem.

obligaciones frente al trabajo remunerado sino asumir las tareas de cuidado y domésticas; sufren discriminación en el empleo que les impide entrar a ciertas áreas del mercado y ascender, en fin.¹³³

Sobre esta idea, el feminismo liberal social propugna un tratamiento especial para las mujeres que atienda a sus funciones de reproducción¹³⁴ y otras condiciones especiales.

En cuanto a las feministas socialistas, nutridas teóricamente por el socialismo sostienen que el espacio familiar es el ámbito por antonomasia de generación y atención de las necesidades básicas de nuevos individuos que constituyan mano de obra en el sistema capitalista. Entonces, el género es una categoría de opresión social¹³⁵.

Por su parte, el feminismo de la diferencia (también llamado ‘feminismo cultural’) surge en contraposición con los movimientos anteriores al reivindicar el valor de lo femenino y al exigir el reconocimiento de la diferencia. Los estudios de Gilligan, una de las principales exponentes de la corriente, revelan que la construcción de las identidades masculinas y femeninas responde a las formas culturales de crianza. Así, mientras las niñas crecen identificándose con su madre y perciben el mundo como un conjunto de relaciones de las que son parte, los niños se forman mediante la separación de su madre y reconocen identidad en la autonomía¹³⁶.

Por último, el feminismo radical, representado en la obra de Catharine MacKinnon, sostiene que la estructura fundamental de la sociedad es el género y es sobre este que se organiza la distribución del poder. Como los hombres tienen el poder, definen lo que es el ser mujer y las mujeres, invisibilizadas y despojadas de sus posibilidades de identificación, se convierten en objetos de intercambio. Para superar esta situación se propone la “elevación de conciencia” para perseguir la modificación de las estructuras sociales¹³⁷.

133 Jaramillo. *Op. Cit.*, 42.

134 Por ejemplo, los distintos ordenamientos jurídicos brindan protección contra el despido de la mujer embarazada y regulan licencias por maternidad y por lactancia. En el caso argentino, puede notarse esto con una simple mirada a la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) que en el Título VII regula el trabajo de las mujeres.

135 Cfr. Jaramillo. *Op. Cit.*

136 Ídem.

137 Ídem.

Jaramillo también señala otra clasificación de las teorías feministas que distingue según la prioridad que se le da al factor género en la comprensión de la opresión de los individuos. De esta manera, cabe mencionar dos grupos¹³⁸:

- A- *feminismos esencialistas de género*: las corrientes aquí abarcadas consideran que el género es el principal factor de opresión para quienes pertenecen al sexo femenino.
- B- *feminismos antiesencialistas de género*: a diferencia de los anteriores rechazan esta preponderancia del género y sostienen que la opresión que recae sobre las mujeres es distinta en cada individuo y varía de acuerdo a las características que reviste cada persona. Así, tan relevantes como el género son otros factores como la raza, la orientación sexual, la clase y la etnia.

5. El feminismo y críticas al derecho¹³⁹

Las críticas formuladas al derecho por los movimientos feministas apuntan a producir modificaciones en las regulaciones jurídicas y en el orden político en general a partir de la visibilización de las discriminaciones de las que son víctimas las mujeres y de poner de manifiesto que la base sobre la que se construye el derecho como conjunto de normas y como discurso político tiene una base masculina. Ello en tanto se ha tomado como base de sujeto de derechos al hombre¹⁴⁰.

Para Facio, las críticas al derecho son tan variadas como feminismos existen puesto que, aunque todos coinciden en que el derecho conlleva una parcialidad androcéntrica¹⁴¹, qué se entiende por dicha parcialidad depende de cómo se interpreta

138 Ídem.

139 En este apartado se utilizará como texto base el texto de Facio, Alda. "Hacia otra teoría crítica del Derecho". Disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/safisfacio.pdf>. Consultado el 15/05/2012.

140 Cfr. Facio. *Op. Cit.*

141 El androcentrismo es aquella "[v]isión del mundo y de las relaciones sociales centrada en el punto de vista masculino" (RAE. "Androcentrismo" en *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=androcentrico. Consultado el 20/05/2012).

la opresión jurídicamente ejercida. Más allá de las diferencias entre las distintas teorías, esta autora propone que es posible hablar de críticas feministas al derecho con prescindencia de su adhesión a las teorías socialistas, radicales o liberales. Lo común a todas ellas y central es que todas las corrientes intentan transformar el estatus jurídico y social de la mujer y la relación de poder entre los géneros.

El punto de partida de toda crítica feminista al derecho es que este encuentra en su base constitutiva una inclinación sexista. Hasta el presente, la mayoría de los esfuerzos se han concentrado en lograr que las mujeres puedan hacer todo lo que los hombres hacen y, si algunos embates han sido exitosos, es porque el sistema solo permite o tolera las reformas parciales o menores que benefician a la mujer y que no pongan en riesgo la organización patriarcal misma. Es decir que, al fin y al cabo, el sistema solo permite que el feminismo introduzca innovaciones que, a la par que legitimen el régimen, refuercen las desigualdades¹⁴².

Por ejemplo, es más fácil permitir que algunas mujeres lleguen a ser juezas de las cortes supremas que cuestionar los principios jerárquicos que organizan el sistema de administración de justicia. Es menos complejo permitir que algunas mujeres practiquen el derecho de cuestionar el modelo de resolución de conflictos que constituye el sistema jurídico. Es más sencillo elevar a una mujer como jurista eminente que cuestionar el androcentrismo en la doctrina jurídica. La historia nos demuestra que es más fácil aplaudir a algunas 'grandes' mujeres, que cuestionar y confrontar la misoginia que penetra el Derecho; misoginia que siempre está al alcance de cualquier persona que se sienta amenazada por la presencia de más mujeres en el campo de lo jurídico.¹⁴³

Si bien por un lado se señala que no por incorporar mujeres en las distintas esferas se produce un cambio sustancial en el sistema jurídico patriarcal, por el otro, no puede de dejar de reconocerse que dicha inclusión ha permitido lograr ciertos objetivos y transformar, aunque sea mínimamente, algunas instituciones. Nuevamente, en honor a su acertada explicitación de estas ideas, cabe citar a Alda Facio:

142 Cfr. Facio. *Op. Cit.*

143 Facio. *Op. Cit.*. Pág. 18.

... las críticas más radicales insisten en que no se elimina el sexismo de una institución con la incorporación de unas pocas mujeres, pero también reconocen que las pocas mujeres que lo han logrado han conseguido cambios en la legislación y en la administración de justicia. Sin embargo, esto no es suficiente. A pesar de la promoción de tantas leyes contra las distintas formas de violencia de género contra las mujeres, ésta no ha disminuido; es más, algunas personas consideran que se ha incrementado. A pesar de que ya casi no quedan leyes abiertamente discriminatorias, las mujeres siguen ganando menos, con menos beneficios y con más inseguridad y más trabajo dentro y fuera del mercado laboral.¹⁴⁴

A continuación se expondrán algunas de las críticas feministas al derecho de acuerdo a la exposición de Alda Facio:

1) Las mujeres no han podido demostrar su igualdad respecto de los hombres

Esta primera crítica parte del presupuesto de que hombres y mujeres son esencialmente iguales y tienen las mismas capacidades y habilidades. No obstante ello, las mujeres no han tenido las mismas posibilidades materiales de demostrarlo. Como puede notarse, el ataque contra el derecho no es sustancial y, por lo tanto, sus acusaciones de androcentrismo son relativamente fáciles de corregir. Es decir, se reconoce que el derecho es justo y no existe una denuncia por prácticas masculinas impuestas a las mujeres.

El mecanismo de transformación jurídica en el que confían las feministas que defienden esta postura es la derogación de las normas que discriminan explícita o tácitamente al sexo femenino.

Una vertiente dentro de esta corriente señala que por ‘normas discriminatorias’ debe entenderse a cualquier regla jurídica que otorgue un tratamiento diferente a las integrantes del género femenino. En este sentido, se incluyen las que han sido promulgadas para beneficiar a las mujeres, o sea, las que encuadran dentro de la llamada “discriminación positiva” en tanto no brindan un tratamiento igual para hombres y mujeres. En síntesis,

144 Ídem. Pág. 19.

conforme a estas medidas las mujeres deben ser más como los hombres.

Otra vertiente, menos extrema, apunta que algunas diferencias son aceptables, como, por ejemplo, aquellas basadas en aspectos físicos femeninos como la gestación o el parto.

Tal como puede apreciarse, el problema de estas vertientes es que el referente de la concepción de base es el hombre puesto que la distinta es la mujer. Asimismo, al procurar favorecer a la mujer, se entiende que se privilegia a este género en lugar de reflexionar sobre la necesidad de equidad y corrección que el derecho requiere para ser efectivamente más justo.

Por otra parte, como método de conquistas feministas, se confía en que la incorporación de las mujeres al quehacer político logrará automáticamente la eliminación de las regulaciones andróginas y, consecuentemente, se conseguirá la universalidad de los postulados jurídicos.

Esta concepción tiene al menos dos problemas. El primero de ellos es que no propugna ningún derecho específico para las mujeres en general ni en especial para cada mujer. El segundo lo explica Facio de la siguiente manera:

Parte, además, de que las mujeres, por el hecho de serlo, cuando estén en el poder, querrán o podrán eliminar todas las normas discriminatorias. Si bien es cierto que todas las mujeres ocupamos una posición desde la cual se nos facilita distinguir algunas normas que nos discriminan, no todas sufrimos la discriminación de igual manera, ni todas somos igualmente oprimidas, es más, algunas tenemos grandes privilegios económicos, educativos, etc. y a muchas nos cuesta vivir la discriminación sexual de forma consciente. Por eso no toda incorporación de las mujeres al poder garantiza la eliminación de todas las discriminaciones que sufrimos las distintas mujeres por serlo.¹⁴⁵

2) El derecho es neutral y las normas jurídicas brindan regulaciones correctas. Los operadores jurídicos realizan aplicaciones injustas

Esta crítica parte de la idea de que, en términos generales, el derecho es justo, neutral, objetivo y universal. Quienes lo

145 Ídem. Pág. 22.

aplican e interpretan son insensibles a las relaciones de poder entre los géneros.

En congruencia con ello, se apunta que los jueces no aplican correctamente las normas, que no se castiga suficientemente a los violadores, que las pensiones alimenticias poseen un monto muy bajo, que la violencia de género no es eficientemente atendida, entre otras cuestiones. Las fallas se imputan a los operadores jurídicos y no a las leyes.

Esta postura propugna que el derecho es justo y es universal, no son las normas las que distinguen o crean diferencias entre los géneros y, por lo tanto, no brindan herramientas de poder a los hombres. Por el contrario, quienes filtran valoraciones androcéntricas, quienes favorecen al género masculino, son los que aplican el derecho, quienes deciden en los casos particulares.

Esta crítica posee una incoherencia en su seno puesto que, si bien confía en el legislador como creador de normas justas y sensibles a las cuestiones de género, desconfía en los jueces y en su capacidad para dictaminar en los casos particulares aún cuando reflexionen a la luz de normas generales. Los riesgos se encuentran en los dos extremos. No obstante ello, cabe destacar el avance que constituye la insistencia de aplicar el derecho desde una perspectiva contemplativa de las cuestiones de género.

3) El derecho es parcial en tanto selecciona los problemas a tratar. En esa selección no se contemplan los problemas de las mujeres

Esta crítica cuestiona que el derecho se concentra en algunos conflictos sociales y deja de lado otros entre los cuales se encuentran los problemas de las mujeres. Así, se argumenta que se invisibilizan problemas reales.

Este grupo apunta más bien a estimular la producción de normativas que regulen lagunas jurídicas y no cuestiona a la esencia androcéntrica del derecho.

En síntesis, esta tercera gama de críticas no demuestra el carácter esencialmente patriarcal del Derecho al insistir en que los problemas sociales pueden ser tratados como neutrales en términos de género. Aunque hay que admitir que estas corrientes aceptan que el fenómeno jurídico es influido por las fuerzas sociales. Sin

embargo, aún las que aceptan esta influencia, insisten en que, en general, el Derecho es objetivo y neutral. Como es lógico, si una cree en la neutralidad del Derecho, insiste en que hay un núcleo básico de principios fundamentales que son universales y neutrales en términos de género.¹⁴⁶

4) *El derecho solo toma las diferencias entre hombres y mujeres cuando se beneficia a los primeros*

Según esta crítica, mujeres y hombres son diferentes (para algunas, esencialmente diferentes, para otras, culturalmente diferentes) y ello solo es tenido en cuenta por el derecho cuando existe alguna ventaja para los hombres. Por lo tanto, el problema no está en las diferencias sino en cómo estas son asimiladas al concepto de desigualdad y cómo coadyuvan a la jerarquización del hombre por sobre la mujer.

Como ya puede vislumbrarse, el objetivo no es la igualdad ante la ley entre los individuos de ambos géneros porque ‘igualdad’ es un concepto generado en el marco del sistema patriarcal y, como tal, teñido por la experiencia masculina. Así, se cuestiona que la igualdad jurídica emancipe a las mujeres, al menos mientras el concepto de igualdad jurídica signifique su asimilación al varón.

En general, sostienen estas críticas, se piensa que las instituciones sociales son neutras e iguales para ambos sexos. No obstante ello, no ven que solo el hombre puede ser tratado como ser humano pleno pues el modelo jurídico de lo humano es el individuo de sexo masculino. De esta manera, no se valoran los roles que usualmente ejercen las mujeres, a no ser que estos también sean pensados como valiosos para hombres. Por ejemplo, el cuidado de la familia y el trabajo continúa en cabeza de las mujeres y, como máximo, se piensa que estas deben ser compensadas por su desarrollo y que, por haberse abocado a estas labores, no han podido incorporarse al mundo de las actividades más plenas –desde una mirada androcéntrica, claro–.

5) *Los principios básicos del derecho son androcéntricos*

Este grupo de cuestionamientos explica que aún los ‘derechos universales’ y los mecanismos propios de la lógica jurídica

146 Ídem. Pág. 26.

tienen sesgos androcéntricos. Esto conduce a la puesta en tela de juicio de los presupuestos de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del derecho. Se sostiene, en consecuencia, que se requiere un nuevo examen de los paradigmas e hipótesis que giran en torno al derecho para detectar su carácter androcéntrico y también que se deben cuestionar las bases mismas de la convivencia humana.

La resistencia que encuentra esta teoría, aún encabezada por feministas, es que, de relativizar la supuesta universalidad de los derechos humanos puede ser peligroso porque conduciría al descarte de estas conquistas históricas. La respuesta inmediata apunta que desafiar o reflexionar sobre algo hasta el presente incuestionado, no implica eliminarlo.

En cuanto a la lógica jurídica se la observa como masculina, pero ello no significa propugnar la irracionalidad. Por el contrario, se pretende cuestionar la reducción del razonamiento jurídico a un modelo lógico-matemático que prescinde todas las circunstancias materiales que circundan a los individuos. La justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca y las normas son marcos genéricos que deben ser interpretados a la luz de los casos concretos.

También desde este enfoque se insiste, por ejemplo, que el principio de igualdad ante la ley ha tomado como referente al varón aún cuando toma en cuenta a las mujeres porque no toma sus necesidades como igualmente humanas sino que parte de que las mujeres tenemos necesidades ‘especiales’. Esta crítica postula que esta manera de concebir las necesidades de las mujeres ha llevado al Derecho a crear una serie de protecciones especiales que no sólo parten del hecho biológico de que las mujeres engendramos, parimos y amamantamos, sino de la presunción social de que por ello somos las encargadas de todo el trabajo que implica la reproducción humana. Por eso, desde esta crítica se postula que el concepto de igualdad ante la ley se redujo a una igualdad formal en la que bastaba para su cumplimiento el que así se estableciera en la letra de las leyes aunque su impacto fuera discriminatorio para ciertos grupos de personas.¹⁴⁷

147 Ídem. Pág. 29.

Por último, en este apartado es interesante traer a colación el desarrollo teórico de Frances Olsen quien explica que desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico (e incluso con anterioridad), el pensamiento se ha estructurado en torno de dualismos “lo racional/ lo irracional”, “lo activo/ lo pasivo”, “el pensamiento/el sentimiento”, “la razón/la emoción”, “la cultura/ la naturaleza”, “el poder/ la sensibilidad”, “lo objetivo/ lo subjetivo”, “lo abstracto/ lo concreto”, “lo universal/ lo particular”. Cada extremo de estos dualismos es totalmente contrapuesto al otro. Para la autora mencionada, este sistema de polos opuestos reviste tres características: 1) los dualismos están sexualizados de manera que una mitad de cada dualismo se asocia a lo masculino y la otra a lo femenino, 2) los términos de los dualismos se encuentran jerarquizados, o sea, unos son más valiosos que otros (como ya puede adivinarse, en cada par, el término privilegiado es el vinculado con lo masculino, mientras que el restante es inferior o negativo), y 3) el derecho se identifica con el lado masculino de cada dualismo¹⁴⁸.

6) La incorporación de las mujeres en ámbitos públicos no han sido suficientes y, en algunos casos, han aumentado las brechas de desigualdad

Esta crítica, bastante radical, señala que la incorporación de algunas mujeres al ámbito político no solo ha significado un avance sino también otras formas de dominación como la ampliación de la brecha entre mujeres ricas y pobres, con acceso a la educación y analfabetas, heterosexuales y homosexuales, etcétera. Asimismo, han surgido nuevos estereotipos como la ‘supermadre’ que puede desempeñarse en su rol maternal, como esposa, como trabajadora, política, entre otras cosas. También existe el estereotipo de la mujer que resigna su exitosa carrera laboral o política para dedicarse al cuidado de su familia. Entonces, en consonancia con ello, la crítica plantea que las reformas legales que se han introducido, o las concepciones jurídicas que acompañan

148 Cfr. Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En Ruiz, Alicia (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Ruiz, Alicia (comp). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. Disponible en [http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/El%20sexo%20del%20derecho%20\(Frances%20Olsen\).pdf](http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/El%20sexo%20del%20derecho%20(Frances%20Olsen).pdf). Consultado el 14/05/2012.

al fenómeno de incorporación femenina en la actuación pública, no ha planteado nunca la revalorización del ámbito familiar como espacio necesario de conexión con otros/as.

De acuerdo a Carol Gilligan, la mayoría de los derechos surgen a partir de la visión de la necesidad de separación, la cual responde a la experiencia de crianza masculina. Esta visión se contrapone y es dicotómica con aquella que establece la necesidad de establecer vínculos y conexión con el otro. Pero la dicotomía existe solo en tanto el punto de partida jurídico es masculino e ignora que otra posibilidad pueda situarse a la misma altura.

Por ejemplo, el negocio jurídico contractual es entendido por el Derecho como la manera ideal de manejar una relación entre dos personas, sean éstas cónyuges o dos personas desconocidas que realizan una transacción comercial. El Derecho establece que es preferible el contrato escrito que el oral y entra más detallado mejor. Desde la perspectiva del derecho, el sujeto ideal es aquel que les tema a futuras complicaciones contractuales. Este sujeto ideal por lo tanto, tratará, antes de entrar en una relación contractual, de imaginarse todo lo que puede ir mal con la relación para especificar con el mayor detalle posible todas las consecuencias de ese o esos hechos. Como es obvio, la lógica de la institución contractual parte de que la necesidad primordial de los sujetos contratantes es mantener su separación-autonomía, tratando como aberrante la necesidad de conexión que esos sujetos podrían también tener.¹⁴⁹

Este ejemplo muestra que el derecho y la normativa que lo compone se nutren de una mirada masculina y responden a las necesidades androcéntricas. De esta manera, se da prioridad a la separación por sobre la conexión y estas es una realidad que se encuentra en la misma esencia del derecho. De allí que las críticas aspiren a una reforma sustancial y no meramente material o de tan solo algunas leyes injustas.

7) *El derecho es un discurso patriarcal y androcéntrico.*

El derecho es un discurso político y, como tal, recorta y disfrazla la realidad de acuerdo a su base ideológica. Tanto la selección de fenómenos que se posicionan en primer lugar, como

la terminología empleada y la forma de enunciación constituyen un prisma desde el cual los sujetos hablantes conocen la realidad. En este sentido, toda percepción es parcial e ideológica.

Si el derecho es un discurso autorizado por el poder público del Estado, necesariamente será un producto androcéntrico y patriarcal por dos motivos: a) porque el lenguaje refleja la cultura dominante que, en general, es patriarcal; y b) si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede ser diferente y disonante.

Como ya se explicó, el análisis del poder es central en la mayoría de las teorías feministas y como se puede observar, también lo es en el análisis del derecho como discurso. Analizando simultáneamente el derecho, el lenguaje u el poder, esta gama de críticas nos señala que podemos entender mejor por qué la discriminación y opresión contra las mujeres se mantiene a pesar de que se han derogado la mayoría de las normas del componente formal sustantivo que expresamente discriminaban contra nosotras. Sugieren que oigamos la forma cómo los policías les hablan a las mujeres que vienen a denunciar a sus maridos, que observemos la expresión de los y las juezas cuando una mujer víctima está dando testimonio en un caso de violación, que analicemos las palabras que usan las y los mediadores en casos de adulterio, etc. nos insisten en que en ninguno de estos casos hay abuso de la ley por parte de los funcionarios/as y sin embargo, en todos se reafirma la sensación de que no habrá justicia para las mujeres.¹⁵⁰

La cuestión acerca de las implicancias lingüísticas del discurso jurídico no es menor puesto que el lenguaje que se utiliza constituye la base a partir de la cual se piensa y actúa en el mundo. Las relaciones sociales y materiales se ven determinadas por la lengua y el habla. Mientras el discurso sea patriarcal el trato hacia las mujeres será de subordinación.

8) El derecho responde a la creencia de que es objetivo, neutral y universal

Contra la idea de que el derecho es universal y trata a ambos sexos y géneros por igual, se propone visualizarlo desde una perspectiva relacional con atención a un ‘universalismo’ concreto referido a las experiencias femeninas como cambiantes.

150 Ídem. Págs. 32-33.

Es interesante destacar el aporte de Catharine MacKinnon quien rechaza los derechos abstractos y propone los “derechos substantivos” que radiquen en las experiencias de las mujeres. Para Obando la perspectiva relacional está fundada en un concepto plural de la ley y en la multiplicidad de las identidades de las mujeres y la variedad de formas de opresión y empoderamiento que definen quiénes son las mujeres en cada momento histórico y de acuerdo a sus circunstancias.

El Derecho puede ser un instrumento para facilitar el cambio social si primero asumimos que debe ser la desigualdad la que define la igualdad y no al contrario. A partir de las experiencias de desigualdad de las mujeres, la ley puede reconocer, acoger, y valorar las necesidades, posiciones, y experiencias que las mujeres tienen dentro de las estructuras de poder (género, clase, raza, etc.) para el efecto de tratarlas diferentemente sin que se lo haga desigualmente.

6. Propuesta feminista entre las normas y la aplicación del derecho

Como conclusión, cabe señalar que el derecho es en sí mismo patriarcal y androcéntrico. Por ende, las reformas parciales y que solo modifiquen algunas normas jurídicas, no cambiarán esta caracterización esencial del fenómeno jurídico. La verdadera transformación conducente a un tratamiento equitativo, debe ser sustancial y debe revalorizar, desde la mirada general, tanto las esferas y roles femeninos como masculinos. Esto, desde las políticas a instaurar en cuanto a las regulaciones normativas generales.

Los movimientos feministas más extremos, así como las teorías críticas, apuntan a modificar el derecho y desconfían de la normatividad.

La idea común es que por mucho que la norma se presente como general y abstracta, ni es imparcial ni aporta realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica (RHODE 1991a, 339). Y es a no neutralidad de las normas jurídicas en cuanto tales lo que la crítica feminista resalta (MINOW 1990, 212)¹⁵¹

151 García Amado. *Op. Cit.*

A la luz de todo lo expuesto con anterioridad parece ilusorio confiar en la facilidad de crear un derecho neutral puesto que incluso la teoría feminista tienen vocación de universalización¹⁵², por ello, resulta más que relevante el rol de los operadores jurídicos, de quienes trabajan cotidianamente con las normas y reglas, quienes interpretan y aplican el derecho.

En cuanto a las normas individuales, es decir, a los actos administrativos dirigidos a particulares, a las sentencias judiciales y demás, el tratamiento de los conflictos y la toma de decisiones deben partir de la idea de un derecho horizontal y no del mero razonamiento silogístico. En este sentido, las soluciones a los problemas no deben ser solo e indefectiblemente condicionadas por las normas generales puesto que estas no pueden contemplar la pluralidad de casos y vivencias de cada mujer. Por ello, el pensamiento tópico¹⁵³ centrado en las personas y sus contextos (y no tanto en los principios abstractos, aunque sin prescindir de ellos) parece ser una propuesta más que aceptable para la resolución de conflictos y el alcance de un mayor nivel de justicia en los Estados de Derecho actuales.

152 Al respecto puede verse García Amado. *Op. Cit.*

153 Ver Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. 2° ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

7. Ejercicios

1. Defina los conceptos de “género” y “sexo”. Explique la relación que existe entre ellos y enumere diferencias entre uno y otro.
2. ¿La denominación de ‘estudios de género’ es una forma de encubrir los ‘estudios sobre la mujer’? Justifique su respuesta.
3. ¿Es uniforme el movimiento feminista o conviene hablar de ‘feminismos’? ¿Por qué?
4. Brinde una definición general que identifique a los distintos movimientos feministas.
5. ¿Cuáles son las ventajas y las desventajas de utilizar una denominación única? ¿Cuáles son las ventajas y las desventajas de concentrarse en los ‘feminismos’?
6. Explique brevemente las críticas que se han realizado a la utilización de una etiqueta común para los feminismos. Establezca entre tres y cinco palabras claves que resuman cada crítica.
7. ¿Por qué hay diferencias entre los feminismos? Brinde una explicación de no más de cien palabras.
8. Enumere los distintos tipos de feminismos, relacione cada uno de ellos con las circunstancias históricas, su forma de sentir la opresión y los objetivos jurídicos a alcanzar. Luego de reflexionar sobre estas cuestiones, a cada grupo de feminismo vincule conceptos claves.
9. Comente las distintas críticas feministas al derecho. Sintetice cada una de ellas y explique concretamente cómo se ve en el derecho un instrumento de opresión. Seleccione cinco palabras claves que representen cada crítica.

8. Bibliografía

- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios”. *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 32. 2009. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/898/721>. Consultado el 20/01/2012.
- Facio, Alda. “Hacia otra teoría crítica del Derecho”. Disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/safisfacio.pdf>. Consultado el 15/05/2012.
- García Amado, Juan Antonio. “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho”. Disponible en <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/Tienensexo.pdf>. Consultado el 20/05/2012.
- Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho” en West, Robin. *Género y teoría del Derecho*. Pedro Lama Lama (trad.). Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.
- Marí, Enrique. *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Mimeo
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En Ruiz, Alicia (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Ruiz, Alicia (comp). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. Disponible en [http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/E1%20sexo%20del%20derecho%20\(Frances%20Olsen\).pdf](http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/E1%20sexo%20del%20derecho%20(Frances%20Olsen).pdf). Consultado el 14/05/2012.
- Raiter, A. “Mensaje, presuposición e ideología” en Raiter, A., Zullo, J., Pérez, S., Unamuno, V., Labonia, D., Muñoz, I. *Discurso y Ciencia Social*. Bs. As: EUDEBA, 1999.
- Real Academia Española. “Androcentrismo” en *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=androcéntrico. Consultado el 20/05/2012.

- Scott, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. Disponible en http://fundacionhenrydunant.org/docs/genero_mujer_desarrollo/Tema%201/3.pdf. Visitado el 24/05/2012.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. 2° ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- West, Robin. Género y teoría del Derecho. Pedro Lama Lama (trad.). Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.



Se terminaron de imprimir 300 ejemplares en la Imprenta
de la Universidad Nacional de La Pampa, dependiente
de la Secretaría de Cultura y Extensión Universitaria

Santa Rosa, La Pampa, Diciembre de 2012