

Título: Reflexiones críticas alrededor de la categoría Estado de Derecho.

Solange Delannoy-¹

Adriana Mack- ²

Algunas palabras introductorias.

Cuando conocimos al profesor Wolkmer corría el año 2007 y en la ciudad de Santa fe en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral se desarrollaba el VIII Congreso nacional y X latinoamericano de Sociología Jurídica. Allí conocimos a Antonio Carlos y coincidimos nuevamente en el XI Congreso en el 2010 desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Establecimos relaciones académicas cordiales, así en el año 2018 presentamos entonces al profesor como invitado al programa Origen II de la UNR en la facultad de Derecho. Mucha generosidad de su parte nos permitió disfrutar de sus exposiciones sobre Teoría Crítica y Pluralismo jurídico y Derechos Humanos en América Latina. También en el 2018 durante el Congreso Anual de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tuvimos el honor de presentar su libro “Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho”.

La lectura de su obra nos aportó una visión extensa y profunda de la Teoría crítica en sus distintas vertientes y la relación con los clásicos. La rica exposición de Wolkmer a lo largo de su producción científica ha extendido el amplio abanico de los críticos.

Así las cosas es que nos sentimos muy honradas al recibir la invitación de la profesora Débora Ferrazzo para participar en esta obra colectiva dedicada a conmemorar los 70 años de edad y los 30 de la defensa de la tesis doctoral del profesor Wolkmer.

Entendemos a la Teoría Crítica en el sentido de que no sólo da cuenta y devela lo oculto sino que propone vías o posibles caminos para salir de la situación criticada.

¹¹¹ Abogada, Profesora de Derecho Político en la carrera de Abogacía, Profesora de Teoría del Estado y de Teoría Sociológica en la Maestría de Derecho Público, Profesora de Fundamentos teóricos de los DDHH en la Maestría en Derechos Humanos. Todos de la Universidad Nacional de Rosario. Magister en Ciencia Política y Sociología por FLACSO, Doctora en Derecho Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Investigadora. Directora del Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Sociales y Jurídicas “Renato Treves”. solangedelannoy@gmail.com

² Abogada, Profesora de Derecho Político en la carrera de Abogacía, Profesora de Teoría del Estado y de Teoría Sociológica en la Maestría de Derecho Público, Profesora de Fundamentos teóricos de los DDHH en la Maestría en Derechos Humanos. Todos de la Universidad Nacional de Rosario. Magister en Ciencia Política y Sociología por FLACSO, Doctoranda en Derecho Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Investigadora. Secretaria Académica del Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Sociales y Jurídicas “Renato Treves”. adrianamack@hotmail.com

Dice el Profesor Wolkmer

“Crítica en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical, lo desmitificador y lo liberador, asume la “función de abrir alternativas de acción y margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”. “De este modo, se puede conceptualizar a la teoría crítica como el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes, subalternos y colonizados una toma histórica de conciencia, desencadenando procesos de resistencia que conducen a la formación de nuevas sociabilidades al ser poseedores de una concepción de mundo anti-dogmática, participativa, creativa y transformadora”. (Wolkmer 2017 p.23)

Así la búsqueda de la liberación del ser humano a través de la transformación de la realidad debe ser el resultado buscado de la “teoría crítica”.

En tanto la Teoría crítica del Derecho debe poner en dudas lo aparentemente “natural” de las normas jurídicas, sean estas vistas desde el iusnaturalismo como del positivismo o el realismo. Dice Sheldon Wolin, que cuando la realidad aparece como un caos y el cosmos que la hacía inteligible se vuelve confuso ese es el momento en que nuevas categorías aparecen y son construidas para explicar las relaciones en la sociedad y en las instituciones que han entrado en crisis.(Wolin: 1974:37)

Resumen: Este trabajo intenta analizar y reflexionar críticamente alrededor de las categorías Estado de Derecho, y la ley. Estas categorías han sido pilares de la construcción jurídico-política de la modernidad, hoy en día cada vez más han entrado en crisis. El Estado ha sido debilitado tanto externamente por el proceso de globalización como internamente por la competencia de corporaciones muy poderosas y múltiples grupos. Estas presiones han horadado al Estado y también ido vaciando la democracia cada vez más. Dado que, si bien el Derecho se manifiesta como un mandato del Estado y se pone en funcionamiento por las fuentes gubernamentales, no se debe perder de vista que el mismo es una compleja operación social, que está impregnada de politicidad, y que adquiere distintas formas y caminos que tienen que ver fundamentalmente con la distribución de “diversos” poderes en la sociedad.

Damos cuenta en forma sucinta las características con las cuales el Estado de Derecho, la ley y la democracia han sido conceptualizados y las dificultades crecientes con las cuales se enfrentan hoy, así como algunos intentos de salvar las instituciones que ya no

resuelven las tensiones y conflictos en la sociedad. Esta producción es resultado, provisorio siempre, de una larga colaboración en la docencia y la investigación entre nosotras presentadas en eventos académicos y como insumo de nuestras tesis doctorales.

Del Estado de Derecho al Estado Constitucional.

El Estado de Derecho ha sido definido como aquel Estado sujeto al Derecho, para Elías Díaz más propiamente aquel Estado con división de poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial independiente, caracterizado por el imperio de la ley como producto de la voluntad general³, la defensa de los derechos del hombre y legalidad de la Administración.⁴ (Díaz: 1978).

El Estado de Derecho presupone además la creencia en determinados valores en los cuales ha basado su legitimidad: *paz, libertad y justicia*. La paz es impuesta por el Estado para terminar con las guerras civiles religiosas del siglo XVI, pero en este proceso el Estado devino absoluto, y así despierta las reacciones de aquellos que luchan por la libertad y en consecuencia por la idea de un poder del Estado limitado por el Derecho. Además el Estado de Derecho cuando aparece es claramente un Estado clasista (Estado burgués) incluso compatible con la esclavitud y la miseria social. La revolución francesa aporta la *fraternidad* y la *igualdad*⁵ pero en su decurso histórico termina desarrollando la libertad y la igualdad.⁶ De la tradición anglosajona la idea de

³ Igualdad formal ante la ley

⁴ Esta igualdad ha de desembocar en el Estado Social de Derecho en el tratamiento desigual para los desiguales, para HIERRO esto no afectaría la generalidad y abstracción de la ley, ya que el principio de igualdad no excluye las desigualdades. HIERRO:2003:450. Señala Hierro que el imperio de la ley de Elías Díaz proviene “de la concepción liberal ilustrada tal y como la recibimos de Locke, Rousseau y Kant” Remite a un fundamento último ético que es el principio de autonomía de la persona, según Laporta:1999:134,136. Ver LAPORTA:1999: 321 y ss. Distingue Laporta entre una acepción formal de *ley*, como un cierto peldaño o escalón de lo que se llama a partir de Kelsen el orden jurídico, se supuso durante largo tiempo, que era el peldaño más importante en términos normativos porque como expresión

de la voluntad general, producto de un cierto órgano de decisión que acostumbramos a pensar como representación de la voluntad general, ley es la norma que surge de las asambleas que representan al

injusticia aporta el desarrollo judicial del *rule of law*.⁷ Así, como idea política, la noción de Estado de Derecho ha sido acaso la idea con mayor consenso universal, desplazando el poder de otras palabras-talismán tales como “democracia”, libertad” o “igualdad” que pasan a ser espacios de debate y disenso creciente.

La Revolución francesa según FIORAVANTI, es una combinación entre un modelo individualista-contractualista de una parte, y uno estatalista de otra. En absoluta contraposición con el pasado del Antiguo Régimen existen sólo dos valores políticos constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la voluntad general de la nación. De ahí su cultura fuertemente antihistoricista, ya que debe destruir el Antiguo Régimen, tanto el poder absoluto del monarca como los particularistas poderes feudales.

Dos factores nuevos aparecen: el primero, el legicentrismo,⁸ que es el punto donde la revolución media entre el individualismo y el estatalismo. La ley es concebida como algo más que un instrumento técnico, es un valor en sí, ya que por su autoridad se hacen posibles los derechos y libertades. Si falta el legislador firme y autorizado se caería en el pasado detestado del Antiguo Régimen.

El otro factor es el constituyente⁹ que va unido al individualismo, en concreto a lo que se refiere al aspecto contractualista. La *nación* de la revolución francesa no es la simple sociedad civil de individuos titulares de derechos naturales que sólo piden mayor

pueblo; y por último la acepción que sólo acepta como ley a la norma que es general y abstracta. También MacCormick:1989:309 “La ley según una definición racionalista, es el dictado de la razón que determina para cada ser racional lo que es congruente con, y conveniente para, su naturaleza y condición”, MacCormick le opone objeciones de principio y de práctica, ver pp. 311 y ss

⁷ Ver Asís Roig:1999:221-222. “Este significado mínimo se traduce en la comprensión del Derecho como técnica normativa de control social relacionado con el Poder político” “...supones establecer unos límites al ejercicio normativo del Poder (al menos, la prohibición de crear normas que contradigan esas exigencias de unidad y coherencia); “La defensa de posiciones no sistémicas....Integran la idea de límites al Poder en un sentido mínimo, es decir, haciendo alusión a la existencia de mandatos relacionados con el Poder y que necesariamente, por el simple hecho de ser emitidas, delimitan su actuación” pp. 221-222

⁸ La solución está en la ley, la que actúa el rol de instrumento principal, es identificada como el producto principal de la actividad del Parlamento, de origen francés, el control de legalidad lo daba el Código napoleónico. Las libertades son lo que la ley del Estado quiere que sean. Gracias a su autoridad hacen posibles los derechos y las libertades. Un legislador firme y autorizado protegía del peligro del retorno a los privilegios del Antiguo Régimen.

⁹ Se entiende por “poder constituyente” la entidad sociopolítica que da forma efectiva y real da lugar a una carta constitucional. Entendido como fundamental y originario poder de los individuos de decidir sobre la forma y sobre el rumbo de la asociación política del Estado.

tutela, mayor seguridad; la *nación* ejercita el poder constituyente, por demás, cuando decide todo un nuevo orden social y político que sustituye al viejo. Se configura como una realidad cumplidamente política, que en cuanto tal, señala las metas a alcanzar, vincula a los ciudadanos, e individualiza a los enemigos a combatir y aislar.

La revolución francesa, jamás podrá ser sólo un instrumento de conservación de los derechos y libertades. La presencia de un poder constituyente del pueblo es una poderosa fuerza legitimadora desde abajo, pero puede convertirse en un problema nuevo e inédito de la relación entre poder constituyente y poder legislativo constituido; la política desatada debe ser detenida, el poder constituyente debe ser disciplinado.

La doctrina europea del Estado liberal de Derecho nace como crítica, tanto a la Constitución como norma directiva fundamental, cuanto a la Constitución como norma fundamental de garantía. En el siglo XIX el liberalismo constituye su identidad con base en la doble crítica a la Constitución como programa, y como norma fundamental de garantía (Fioravanti:2000:112 y ss)

La Constitución como programa evocaba el aspecto jacobino de la soberanía popular y la democracia directa, y la imagen de un poder constituyente movilizado en forma permanente. Ante este peligro de la política desatada, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX manifiesta una fuerte necesidad de estabilidad, la búsqueda de un desarrollo ordenado, y paulatino, para dejar atrás las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos. Así, la cultura liberal europea posrevolucionaria se desarrolla en dos vías: restituir seguridad y autonomía a la sociedad civil, y confianza y estabilidad a los poderes constituidos.¹⁰

Con HEGEL y SAVIGNY, se desarrolla la crítica al contractualismo revolucionario, es decir a la reducción del espacio político-público al simple producto de la voluntad de los individuos y las fuerzas sociales.

10.CASÁS:1999. “La seguridad jurídica aparece en el marco constitucional-ideario de fines del siglo XVIII como consecuencia de las revoluciones francesa y norteamericana-, a través de varios principios que la expresan, delimitan, y le dan sentido...*La supresión de la incertidumbre y de la sorpresa en el obrar estatal. *La certeza del Derecho. *El consentimiento en la formación de la ley. *La representatividad de los gobernantes. *La lealtad del Estado que se expresa en el estándar anglosajón del “debido proceso legal”. *La previsibilidad del Derecho y de las consecuencias jurídicas que se derivan del obrar de los particulares. *La protección de la confianza (Paulick, H. Kruse, Hensel). *La interdicción de la arbitrariedad. <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-ab.htm>, accesible septiembre, 2006

La cultura liberal obsesionada por la estabilidad, rechaza a la Constitución como mera norma fundamental de garantías, por hacer derivar las instituciones políticas, de las necesidades y de los intereses de los particulares y las fuerzas sociales. “Rechaza por ello, no solamente la supremacía del poder constituyente como motor primero de la Constitución como norma directiva fundamental, sino también, la supremacía de la sociedad civil, de los particulares como fundamento de la Constitución como norma fundamental de garantía que abandona en exceso la esfera de la política y de las instituciones a las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales” (Fioravanti: 2000:102)

La aspiración a la estabilidad para los liberales decimonónicos, se manifiesta en la idea del Estado de Derecho. Este estatismo liberal se expresa tanto en la protección de los individuos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, como en la protección de los mismos poderes frente a las voluntades particulares, individuales o de grupo, operantes en la sociedad civil.¹¹ Niegan por lo tanto que la autoridad-legitimidad de las instituciones políticas devenga del poder constituyente de los ciudadanos, de la voluntad de los individuos resultante del contrato social. Desean restituir la autonomía a los poderes constituidos, desvinculándolos del arbitrio circunstancial de las voluntades de los individuos; colocando en su lugar al pueblo-nación, como fundamento más estable y sólido de las instituciones políticas.

Se produce entonces, un renovado protagonismo del Estado en pleno siglo XIX, el que se manifiesta en dos direcciones fundamentales: el Código Civil y la Administración Pública. En el centro de los proyectos revolucionarios estaban estos dos. El Código Civil es un instrumento fundamental para extender las ideas revolucionarias a la esfera del derecho civil como derecho cotidiano de la apropiación y de la venta. No podían subsistir regímenes jurídicos diferenciados.

Construir una administración pública dotada de autoridad, en contra del sesgo hereditario y venal del Antiguo Régimen, es también una aspiración revolucionaria. Acceder a aquella por méritos y talentos y no por tradición aristocrática o por la fuerza de la riqueza, es asegurar la igualdad formal. Ambos reclaman los principios individualistas de la revolución, en clara relación con la Declaración de Derechos de

¹¹ Para neutralizar la actividad arbitraria del Estado la doctrina encontró en el Derecho Administrativo su fundamento, exigiéndoles a las autoridades públicas la motivación de los actos que dicten, y expresen como fundamentos las razones de hecho y de derecho que les dan sustento. El Derecho Público prohíbe a los órganos estatales toda conducta injustificada, irrazonable, infundada y sin motivación.

1789 para construir un modelo de relaciones políticas y sociales fundado en la unidad del sujeto de derecho. (Fioravanti:2000:109)

Los derechos ya no son tutelados por la Constitución, en su lugar aparece la idea de la certeza del derecho, garantizada por el Código Civil y por la ley, por el derecho positivo del Estado. (Fioravanti:2000:110)

Dice ZAGREBELSKY que el Estado de Derecho en principio, alude a un valor que es el de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal y que afecta a los ciudadanos; la dirección de este Estado es la inversión de la relación entre poder y derecho, que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. El Estado Constitucional es una versión particular del Estado de Derecho, pero no es aconsejable tomarlo como su continuidad histórica. (Zagrebelky:1999:21/22)

La fórmula de “Estado de Derecho” fue acuñada originariamente para expresar el “Estado de razón” o Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor “*bien general*”, idea totalmente acorde con el Estado de despotismo ilustrado. Por lo tanto, el calificativo de “Estado de Derecho” se podía aplicar a cualquier situación en la cual se excluyese, en principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Se vacía la fórmula desde un punto de vista político-constitucional de funciones y fines del Estado y de la naturaleza de la ley.

Las constituciones son ahora sólo la organización del poder estatal. El estatismo liberal pone a la ley del Estado en la cumbre del sistema de fuentes y reduce el ámbito de la Constitución al diseño institucional, a la organización de los poderes públicos. La Declaración de 1789 pasa a ser un manifiesto programático que poco tiene que ver con el derecho positivo estatal, que es el que los jueces cotidianamente aplican. En tal sentido los derechos humanos enumerados y declarados en 1789, se convierten sólo en tolerancias, en consecuencia pueden ser revocados o directamente no reglamentados legalmente, convirtiéndolos en fantasmas de sí mismos. Permanecen en el Parnaso del ordenamiento jurídico pero no son operativos en tanto no reconocidos positivamente o sólo mientras lo sean.

El derecho de la Administración pública se emancipa en forma similar de la Constitución, se convierte en un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias y específicas instituciones y principios generales, elaborados por la ciencia jurídica, convirtiéndose en un derecho basado en sí mismo que desconfía de una legitimación de

orden constitucional. Va ganando terreno una interpretación del derecho administrativo de impronta estatalista.

La administración representa en el nivel más alto la potestad originaria y soberana de Estado, que no tolera la intromisión de normas que provengan fuera de él. No puede admitirse por una parte, que el Estado como administración se someta con su autoridad al régimen jurídico civil ordinario, o que sea llamado a juicio como cualquier particular, y por otra, que toda la vida del Estado, cuando actúa cotidianamente como administración, esté influenciada constantemente por los cambios del orden constitucional. “El Estado de Derecho es el Estado capaz de imponer su Derecho a todas las fuerzas particulares que actúan en la sociedad y el pueblo”. Los juristas del siglo XIX fundan los derechos individuales sobre un acto soberano de autolimitación del Estado, ya no hay que buscar un fundamento extra-positivo. La soberanía del Estado de Derecho transformada por la doctrina de los juristas mencionados en relación con las libertades podría enunciarse según FIORAVANTI de esta manera: “En el Estado liberal de Derecho decimonónico, la amplitud de las libertades civiles, “las negativas”, así como las formas de garantía de estas libertades dependen de un acto de autolimitación del Estado soberano; y las libertades políticas, “las positivas”, dependen de un acto de soberanía del Estado, que llama a los individuos-electores a desarrollar una función pública, es decir, a designar a la clase política dirigente” Se debe admitir que existe ahora un solo derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado. (Fioravanti: 2000:119/120)

Pero entonces ¿cómo hacer para distinguir al Estado liberal de Derecho del Estado despótico? Ya que la plena vigencia del imperio de la ley, con el sistema de fuentes que implica -ley posterior deroga ley anterior-, sumada a la soberanía del Estado, posibilita que lo que la ley había hoy concedido, mañana podía ser quitado.

Los juristas, en búsqueda de un límite, recurren al modelo historicista, es allí que aparece la *nación* como realidad histórica-natural, es decir, como un dato objetivo estructurado por la misma historia, en consecuencia no puede ser presa de los sujetos políticamente activos, de los partidos vencedores de turno. El desarrollo histórico de la *Nación* se convierte en el límite del arbitrio de los poderes constituidos. Esta construcción estalla en Europa con el advenimiento de los partidos de masas, luego de la primera guerra mundial, ya no son los individuos capaces y racionales llamados por el Estado a designar la clase política. La ley aparece como el fruto de la voluntad

política de una mayoría vencedora que nada tiene que ver ya con la unidad histórica de la Nación. (Fioravanti:2000:24)

La competencia entre sujetos distintos, entre partidos, individuos, grupos, intereses, por la conquista del poder político, por la determinación de la dirección política dominante, terminará cambiando los equilibrios de la sociedad, lo que traerá como consecuencia que cada vez sea más difícil reconocer en el legislador el espejo fiel de la nación y de su historia. Entonces la Constitución en sus dos sentidos, como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantías de la época revolucionaria volverá a vencer.

Así las cosas la Constitución es lo único que queda de la voluntad soberana como el único medio válido para controlar el poder de los gobernantes. Los fines de la soberanía consisten en su capacidad de hacer la Constitución. La Constitución es el medio de limitar el poder; al crear una Constitución y erigir los poderes constituidos sometidos a reglas jurídicas, realiza los fines cuya realización legitima su propia labor: organizar los principios del Estado Constitucional. ¿Cuáles son esos principios? Son los principios de la democracia, el de la distribución de poderes y los derechos humanos.

¿Cómo se realiza el principio democrático? ¿El consentimiento de todos a la Constitución es necesario para legitimarla? La doctrina está conteste en el rechazo hacia la unanimidad, entonces juega la regla de la mayoría. La regla de la mayoría en tanto regla procedimental para garantizar la libertad y existencia de las minorías.¹²

MARTIN KRIELE desarrolla un interesante esquema de los problemas del Estado de Derecho que han de desembocar en el moderno Estado Constitucional democrático. Este esquema desenvuelve una serie lógica de gradas del Estado,

1.- Estado de legalidad formal, como aquel Estado que se auto-obliga a sí mismo mediante regulaciones generales y abstractas,

2.- Estado de Derecho material, aquel que se ocupa de las garantías de la justicia material, la libertad y el aspecto social de las regulaciones generales y abstractas, y la introducción de la *equidad*, así como la admisión de la creación del Derecho *praeter* y *contra legem*;

¹² Ver, KELSEN, HANS “Esencia y valor de la democracia” Editorial Labor Madrid, 1933; SARTORI GIOVANNI, “Partidos y Sistemas de partidos. Marco para un análisis” Vol I. Alianza Editorial SA, Madrid, 1987, pp. 41-42.

3.-Estado de Derecho procesal, que pone el acento en el control judicial del ordenamiento formal y material;

4.- Estado constitucional con división de poderes, independencia de los jueces, el principio de reserva de ley, en particular para la libertad y la propiedad;

5.- Estado Constitucional parlamentario, las prerrogativas en esta grada las tiene un parlamento fruto de elecciones periódicas, que son en especial la de dictar la ley y su supremacía sobre otra fuente de Derecho, la de dictar el presupuesto y controlar al gobierno. Es una secuencia lógica y no histórica, en tanto gradas superiores han aparecido históricamente antes que las inferiores. (Kriele:1980:139/14)

Como consecuencia de la presencia en el Estado de Derecho de un soberano, sea el legislador, el pueblo, la Nación; las Constituciones eran en principio revocables y modificables, el poder constituyente precedía a la Constitución.

Así, la categoría Estado Constitucional que aparece en la Europa de la segunda posguerra no es una continuación de las gradas expuestas anteriormente. Este Estado es un Estado sin soberano, si hay soberanía no existe el Estado Constitucional. ¿Qué quiere decir esta afirmación? Que en este tipo de Estado no hay nadie que pueda arrogarse el poder indiviso, incondicionado, ilimitado, que pueda violar y crear el derecho. (Nino:1992) En este Estado sólo existen competencias atribuidas jurídicamente, y sólo en él los Derechos Humanos valen como Derechos, y no como tolerancias de un soberano.

Según Heller la soberanía “es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aún en contra del derecho positivo”. (Heller:1947:271) Sin embargo, si el derecho positivo contiene una autorización para dejar de lado provisoriamente algunas normas, estamos frente a una capacidad jurídica, pero si se decide en contra del Derecho positivo no habiendo autorización, no estamos frente a una capacidad jurídica, sino frente a la fuerza fáctica que podrá calificarse según el caso, de delito, golpe de Estado, revolución, etc.

La constitución democrática del siglo XX ha tomado de SCHMITT la idea de poder constituyente del pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Del filón representado por KELSEN ha tomado la idea del pluralismo político y social, según el cual, la constitución es democrática, sobre todo porque no permite a nadie ocupar la totalidad del espacio de acción dentro del cual se mueven las fuerzas sociales y políticas, porque empuja a estas mismas

fuerzas al diálogo, al compromiso, al recíproco y pacífico reconocimiento. (Fioravanti:2001:161)

Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su actuación, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos.

Existe una neta separación entre el Estado Constitucional (o Estado de Derecho en el significado actual) y el Estado de Derecho en la forma que se adoptó en la Europa del siglo XIX prolongándose hasta la última Gran Guerra. En el Estado liberal decimonónico operó un desplazamiento de la supremacía constitucional por la soberanía estatal, de la Constitución por la ley, anulando cualquier fórmula efectiva de control de constitucionalidad.

La superioridad de la ley como expresión de la Razón, había sido ya pregonado por autores clásicos del Iluminismo¹³, esta superioridad significaba sobre todo pocas, sabias y duraderas leyes, no sujetas a la voluntad cambiante del legislador, ya que era la razón y no la autoridad quien las hacía. Entonces, las Constituciones no eran otra cosa que un modelo a seguir, una aspiración pero no catálogos de derechos, como sí lo fueron las primeras Constituciones escritas de los Estados particulares americanos. (Kriele:1980:209,220)

La ley fue perdiendo ese carácter mítico, ya que precisamente, la práctica jurídica del Estado de Derecho se caracterizó por la extensión de la normatividad a áreas antes excluidas, como consecuencia de la complejidad cada vez mayor de la sociedad y la lucha de grupos para obtener el reconocimiento jurídico de sus intereses y la transformación del Estado liberal de Derecho en el Estado Social.

Además, tres grandes valores del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad formal, se fueron deteriorando como producto de esta multiplicación de las normas.

La seguridad jurídica cede ante la incerteza, ya no hay reglas sencillas para ordenar la vida social; la igualdad formal se ve complicada por la naturaleza particular de las normas jurídicas, y la ley es vista hoy no como la guardiana de la libertad, sino más bien como un peligro para ella. En el lugar de la ley, entonces aparece el imperio de la Constitución, PRIETO SANCHÍS evocando a ELÍAS DÍAZ (“no todo Estado es Estado de

¹³ Así, LOCKE, DIDEROT, VOLTAIRE, ROUSSEAU, BECCARIA

Derecho”) afirma que, “no todo sistema jurídico dotado de un texto más o menos solemne llamado Constitución o Ley fundamental es un Estado Constitucional” (Prieto Sanchís:1998:31)

Hoy la Constitución no ha venido simplemente a ocupar el lugar de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativo notablemente más complejo, donde todos los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. Cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado liberal de Derecho, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución.

Así pues, la Constitución no es sólo una “súper ley”, sino algo distinto donde podemos encontrar directivas de actuación de sentido contradictorios, entre otras cosas porque su carácter pactista o de consenso ha incorporado aspiraciones de distintas procedencias que sin embargo, han de convivir y armonizarse.

Las leyes devienen en un carácter contradictorio, como consecuencia del pluralismo social y además de un pluralismo de órdenes secundarios que no siempre aceptan una posición de segundo plano. La estabilidad del Derecho, que fue una premisa del positivismo del siglo XIX, está en tela de juicio.

Los principios de generalidad y abstracción de la legislación están en crisis. Las leyes y otras fuentes no constituyen un ordenamiento de por sí, la crisis de la idea del Código es la manifestación más clara de la crisis del principio de legalidad, así como la incorporación de normas y competencias internacionales. Este punto se retomará más adelante al dar cuenta de la crisis del concepto “*interés general*”.

La doctrina jurídica liberal democrática está conteste en sostener que, el Estado Constitucional Democrático crea las situaciones reales relativamente más favorables para la paz, la libertad y la justicia; constituyéndose estos principios en la base de la legitimidad de este tipo de Estado (Kriele:1980:2y3). El Derecho se identificaba con “una técnica de control social compuesta por un conjunto de normas públicas que forman un conjunto unitario y coherente y están apoyadas en el poder soberano del Estado ejercido a través de una separación funcional de sus órganos” (Asís Roig:1999:223/224). Esta es la concepción del Derecho de lo que ASÍS ROIG llama posición funcionalista, y que pone el acento en la asignación de funciones “y exigencias en el desempeño de ellas, que en un sentido mínimo y general, implican la sujeción al Derecho y, en el caso del poder judicial, a la imparcialidad” Los rasgos propios del

Derecho Moderno son los requisitos de unidad y coherencia y luego entonces se atribuye al Estado la función de determinar la coherencia o incoherencia del Derecho.

Sin embargo, el esfuerzo doctrinario para conjugar la libertad y la justicia, nunca se resuelve si no es en una paradójal y provisoria construcción de equilibrios y reequilibrios constantes. Vuelve a aparecer el problema de la legitimidad ya que el principio legitimador del Estado liberal de Derecho ya no es suficiente. Por añadidura el Estado ve horadado su poder jurídico por la aparición de órdenes jurídicos no estatales, tanto interna como internacionalmente.

Así, para garantizar los principios de libertad y justicia, y asegurar su legitimidad, el Estado Constitucional se halla ante un dilema casi insoluble: por un lado, debe ser más poderoso que todas las fuerzas sociales del país—por ejemplo, empresas y sindicatos—; por el otro, debe otorgar protección segura para el desarrollo, limitando su accionar, al más débil, a la oposición, a los artistas, a los sectarios, a los intelectuales, a las minorías étnicas, etc. (Kriele:1980:150) La manera que tiene el Estado Constitucional de convivir con ese dilema es precisamente la dispersión o directamente la supresión de la soberanía.

Para ZAGREBELSKY la novedad del Estado Constitucional es que afecta la posición de la ley. La ley, en la actual Europa Occidental, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución.

El Estado Constitucional para este autor no es una continuación o superación del Estado de Derecho decimonónico; se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho. El Estado Constitucional actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho, que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o “reducidos” a la ley. (Zagrebelky:1999:39/40)

Así es que las Constituciones modernas han dado lugar a una serie de principios y valores que son contradictorios. Según ZAGREBELSKY “La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.

Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental).¹⁴ Principios y valores que ya no cumplen la función de cubrir lagunas sino que se aplican siempre.

Anteriormente se decía que los principios cumplían una función de orientación política, pero esto se deja de lado cuando se le reconoce valor normativo a la Constitución. No es ella un mero catálogo de principios, sus preceptos son alegables ante los tribunales. ¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y de las reglas estipulados en la Constitución? Deben existir garantías que aseguren su cumplimiento. La verdadera eficacia de la Constitución depende de la planificación de sus propias garantías.

El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución produce como consecuencia la aplicación de las normas constitucionales. Para CANOSA USERA esto significa hacer valer los contenidos de la Constitución en la mayor medida posible, para regular con ellos la entera actividad del Estado y de los ciudadanos. Entonces la interpretación pone al día cualquier disposición normativa, ya que los preceptos de la Constitución reciben actualización del intérprete por medio de una vivificación constante del sentido normativo del precepto constitucional de que se trate.

Esta actualización se produce siempre con motivo de un litigio concreto que requiere la atención del tribunal. En consecuencia cada caso resuelto produce una regla de derecho que tiene encaje en el conjunto del ordenamiento y, por consiguiente, la sentencia se erige en una indudable fuente del Derecho.

¹⁴ SARTORI:1990. SARTORI en Teoría de la Democracia dice que de los tres niveles que tiene el consenso 1) el consenso básico sobre los valores en la sociedad política consenso que facilita la democracia 2) consenso procedimental y 3) el consenso sobre la acción política y los gobiernos; el que es pp. 122,123, 124, 125, 126. En el mismo sentido que SARTORI, BERNARD CRICK sostiene como fundamental el consenso procedimental. “El consenso no es un aglutinador espiritual sistemático, externo o intangible, un adhesivo metafísico ni algo misteriosamente previo a la política o por encima de ella; es la actividad política en sí misma”. “Donde sí parece necesario un consenso sistemático y articulado es en la autocracia. Un gobierno cuya legitimidad no se basa en la adhesión pública a los métodos, los medios, los procedimientos y la participación necesita difundir un mito de consenso único, verdadero y esencial, algo así como una causa “causa y finalidad” teleológica de la sociedad.” Crick advierte sin embargo que no objeta la consideración de que el consenso consista en un alto grado de concordancia de valores sociales, pero que de ser así probablemente sea un producto de la política y no una condición de su existencia. CRICK:2001:199,200.

La Constitución, entendiendo a ésta como norma en la cual se encuentran plasmados los principios y valores de la sociedad a la cual debe regir, ya que, como se sabe, la misma es producto de un pacto social determinado, que funcionará a su vez como límite de la actividad interpretativa, vale decir que el intérprete no debe rebasar las posibilidades que le ofrece el texto por encima del texto mismo. (Canosa Usera:1998:5/6)

La finalidad del Estado Constitucional es pues, el de asegurar la libertad y la dignidad humanas, entonces, el sistema político democrático se legitima porque es el mejor mecanismo para el funcionamiento de la Constitución, en consecuencia, el que mejor protege los derechos fundamentales. El concepto finalista de la validez de la Constitución debe necesariamente entonces incluir la legitimidad. Por lo tanto, el reconocimiento de los Derechos Humanos, es incluso vinculante para el poder constituyente.

En el mismo sentido LIFANTE VIDAL coincide cuando argumentando sobre el concepto “discrecionalidad jurídica” sostiene que, si en principio este ámbito de libertad funciona sin límites para el Legislativo el que era *soberano* y en tanto esta atribución hacía imposible la aplicación del concepto de discrecionalidad, con el Estado Constitucional, se replantean los roles que juegan el Poder Legislativo y el poder Judicial. Si la Constitución es hoy fuente de derecho, y, “penetra en el razonamiento jurídico ordinario, entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, de modo que la actividad legislativa ya no puede seguir considerándose como completamente soberana.” (Linfante Vidal:2002:415)

La Constitución es, desde luego, el germen mismo de reordenación del sistema jurídico, que sólo puede producirse desde principios y valores constitucionales. Pero la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo, que se impone como verdad revelada y única sobre el resto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y que se extiende para renovar, de manera constante dicha conciliación, y así lograr la pacificación social. (Prieto Sanchis:1998:33/39)¹⁵. Sin embargo, la idea de la Constitución como norma jurídica

¹⁵ Si la ley era la expresión del interés general, éste en la actualidad, carece de un contenido preciso y constante, y su función es más la de evocación en la vida política y social, aún cuando no por ello deja de cumplir una función jurídica precisable. PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995 pp. 30,31

lleva al problema del rol del Poder Judicial como guardián de la Constitución, sea en los sistemas de control de constitucionalidad difuso o en los que existe justicia constitucional. El problema se centra en el carácter contramayoritario de este Poder del Estado como ha sido claramente descripto por GARGARELLA.¹⁶

La descripción del Estado Constitucional que se despliega presupone “la normalidad”, no hay problema importante de legitimidad en él. Sin embargo, crecientemente, la legislación derivada del Estado Constitucional y de su necesidad de legitimación, expresa un desorden al que sólo se puede poner remedio *ex post ipso*. Esto lleva a que la Constitución cumpla el papel de ordenar y estructurar el consenso social y así, mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior, complejas e inmersas en una profunda crisis de sentido. (Zagrebelsky:1999:40)

¹⁶ GARGARELLA, ROBERTO “La justicia frente al gobierno” Ariel, Barcelona 1996, “Nos los representantes” Ciepp Miño y Dávila Buenos Aires, 1995 también PRIETO SANCHÍS Ob.Cit. pp. 40 y ss, “es el precio a pagar para mantener un sistema jurídico coronado por una Constitución como norma jurídica, ese precio es el de dar la última palabra a los jueces”

De la Modernidad a la Globalización

El *Estado constitucional* es realidad histórica, susceptible de ser superada. Ahora bien, *Estado* y *Constitución* no son indisolubles, y ofrecen perspectivas bien distintas a la hora de analizar los procesos políticos pudiendo ser afectados por la *globalización* diferenciadamente. Así, parecen hoy diluirse rasgos esenciales del *Estado*; la globalización se presenta como un riesgo para la soberanía.

La Constitución se ve afectada por la incorporación a ella, con el mismo rango, de Tratados y Pactos Internacionales, así como la sujeción a jurisdicciones internacionales. El Estado también ve afectada su soberanía por aquella inclusión, pero además la globalización ha neutralizado, por lo menos, su capacidad de control sobre las comunicaciones, el flujo de capital financiero, el efecto de los daños ambientales, los flujos migratorios, etc.

Como señala de SOUSA SANTOS, el paradigma de la modernidad “es muy rico y complejo, tan capaz de una inmensa variabilidad como propenso a desarrollos contradictorios” (Sousa Santos:2003:13 y ss)

El punto de lanzamiento de la Modernidad fue la Revolución Francesa, las principales categorías modernas ya están presentes, aún como potencialidades. El Derecho y la Ciencia tienen como tarea la *racionalización* del Estado y de la sociedad¹⁷.

Este paradigma tan rico y complejo, se asienta en dos pilares: el de la regulación y el de la emancipación. La regulación está constituida por el principio del Estado, la obligación política vertical entre ciudadanos y Estado (HOBBS), por el del Mercado, la obligación política horizontal individualista y antagónica entre los que participan en él (LOCKE y ADAM SMITH) y por el de la comunidad, la obligación política horizontal solidaria entre los miembros de la comunidad entre las asociaciones (ROUSSEAU).

La emancipación en tanto está compuesta por “las tres lógicas de la racionalidad definidas por WEBER, la estético-expresiva de las artes y de la literatura, la cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, que en la actualidad, invisibiliza sus

¹⁷ ASÍS ROIG Ob. cit. p. 222 “...entre las características que sirven para entender el Derecho en la Modernidad, destaca la de la publicidad, que tiene que ver, por otro lado, con la idea de la emisión de los mandatos y su conocimiento. Pero además, no hay que pasar por alto que el Derecho de la modernidad es un Derecho racional, entre cuyas notas están también esas exigencias de unidad y coherencia. Por otro lado, existen al menos dos características del Derecho moderno...y que se proyectan sobre sus normas. Se trata de la exigencia de generalidad y claridad”

paradigmas y axiomas fundantes, en función de la eficiencia que los naturaliza, y la moral-práctica de la ética y el derecho”.

Emancipación y regulación en una tensión dinámica constituyen la base del paradigma revolucionario de la Modernidad. Sin embargo, a mediados del siglo XIX la convergencia de la modernidad con el capitalismo produjo que aquella tensión entrase en un largo proceso de degradación, y el engrandecimiento de la regulación en detrimento de la emancipación. (Sousa Santos:2003:13,52,53)

Una de las promesas de la Modernidad fue la de idea de la estabilidad y el progreso indefinido. La principal empresa de la dinámica de la modernidad, es la justicia dinámica...La afirmación que reivindica a la justicia dinámica es la siguiente: “este (orden) es injusto- debería ser reemplazado por otro alternativo, que fuera más justo o perfectamente justo”.

La justicia dinámica se generaliza de tres formas,

1.- Ninguna institución se encuentra fuera de los límites, todas y cada una de ellas pueden someterse a prueba y ser consideradas injustas o injustificadas.

2.- Todo el mundo puede entablar una demanda de deslegitimación.

3.- Todos los argumentos que se pueden tener a favor de una alternativa recurren a la libertad y a la vida como valores generales (universales). La justicia dinámica es la mejor ejemplificación del carácter dialéctico del orden moderno. (Heller y Fehér:1994:135/136)

Así, aparecen dos partes, una ataca la institución, la otra la defiende, es el mejor ejemplo del carácter dialéctico de la Modernidad, ésta no puede existir sin la dinámica, sin la posibilidad de la negación¹⁸.

Pero la Modernidad, así como la democracia, incumplió varias de sus promesas, o las cumplió en exceso, o se encontró con cursos de acción no previstos.

Una de las promesas era la plena libertad individual. Sin embargo, ¿en qué consiste la libertad?, para Kelsen la libertad social consiste, en el sometimiento a normas que el mismo individuo obligado a obedecerlas ha participado en su elaboración, es decir son expresión de su voluntad, consistiría precisamente en la *autonomía*. El mismo autor

¹⁸ Dialéctica en el sentido hegeliano. Interpreto que SOUSA considera que el encuentro de la modernidad con el capitalismo desarrolló de aquella el lado malo. En la excavación de aquello que la modernidad desechó como basura cultural producida, se puedan encontrar otras relaciones más recíprocas e igualitarias. SOUSA SANTOS Ob.cit. p. 17

devela ciertas ficciones en el funcionamiento de las democracias modernas, que esconden que en realidad en ellas reina la *heteronomía*.

Es decir, si la democracia se basa en el postulado de la obediencia a normas a cuya elaboración el individuo ha contribuido, entonces, a pesar de someterse a obedecerlas, como le son autónomas, conserva la libertad, sólo se obedece a sí mismo. Si, en cambio, su voluntad no se expresa, o no puede ser expresada, o es diferente a la voluntad del Estado –minorías-, o habiendo coincidido con la mayoría ha cambiado de opinión, la libertad queda aniquilada, ya que las normas le son heterónomas.

Una primera ficción que KELSEN devela, es la de la personalidad anónima del Estado, que permite atribuirle las mismas facultades que a los individuos y aseverar entonces que se es libre en tanto ciudadano de un Estado libre, además el anonimato de esta persona estatal esconde el dominio de hombres sobre hombres siempre repugnante a la conciencia humana.

Entonces, la formación indirecta de la voluntad del Estado a través del Parlamento, considerado como el lugarteniente del pueblo, conlleva para este autor otra ficción la de la representación, es la ilusión de que el representante hace presente al ausente, más como los representantes tienen mandato libre y no imperativo, la voluntad del representado no siempre ha de coincidir con la del representante.

Además el Parlamento en la visión kelseniana es un escenario de transacción de intereses, CRICK coincide en este punto con KELSEN al considerar que la política consiste en la actividad de conciliar “intereses divergentes en la medida de lo posible.

Concluye KELSEN que la democracia sólo hace libres a la mayor cantidad de hombres posible mediante el principio de la mayoría absoluta, de esta manera se garantiza que haya mayor cantidad de voluntades favorables que adversas a la voluntad del Estado.

El pueblo es el supuesto sujeto del poder en la democracia, concibiendo a ésta como una forma de Estado o de Sociedad en la que “la voluntad colectiva, o más exactamente el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo”.

Sin embargo esta unidad del pueblo no es tal sino ideológicamente, como coincidencia de pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es “un postulado ético-político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión”. Pero, según el criterio sociológico, fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y

económicas, representa más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea.

Entonces, el concepto de pueblo para la democracia, sólo puede ser descripto como unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella” (Kelsen:1933:16,17,19,23,27,30,48-56)

Este intento de KELSEN de preservar la libertad en un sistema Parlamentario representativo, no parece tener una lógica coherente, ya que como él mismo reconoce, basa su defensa en recortes, en ficciones, imposibilidades y tradiciones.

También RAWLS acerca de la justicia política en una sociedad democrática, para definir el liberalismo político plantea los siguientes interrogantes:

1.- “¿cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperan plenamente durante toda una vida, de una generación a la siguiente?”

2.- “¿cuáles son los fundamentos de la tolerancia así entendida, dada la realidad del pluralismo razonable como consecuencia inevitable de instituciones libres?”

3.-El tercer interrogantes resulta de la combinación de los dos primeros: “¿cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?” (Rawls:2003:29)

Si los hombres luchan por los más altos valores, por lo que más desean, por la religión, por visiones filosóficas acerca del mundo y de la vida, supone el liberalismo político, ¿cómo es posible “la cooperación justa entre ciudadanos libres e iguales?

RAWLS admite que históricamente se da rara vez esta cooperación, y supone que su concepción de liberalismo político puede dar una solución. Diversas concepciones, muchas veces antagónicas se han desarrollado al interior del pensamiento democrático en los siglos XIX y XX, no hay acuerdo alguno sobre la “forma en que las instituciones básicas de una democracia constitucional deben ordenarse si han de satisfacer los términos justos de cooperación entre ciudadanos considerados libres e iguales”. (Rawls:2003:30)

KELSEN concluye que la esencia de la democracia consiste en hacer libres a la mayor cantidad de hombres posible, siendo instrumentos necesarios e indispensables los partidos políticos, ya que la voluntad individual en la democracia lejos está de poder influir significativamente en las decisiones colectivas. Creemos que la defensa liberal

kelseniana de la democracia si bien logra develar los ocultamientos, no es satisfactoria respecto de su mismo objetivo cual es, la defensa de la libertad.

DWORKIN parece coincidir cuando, refutando la idea de que la libertad positiva es un estado de cosas en que *el pueblo* gobierna a sus gobernantes, al menos al final del camino, afirma que, las personas quieren ser gobernadas por un grupo de pertenencia, con el que se pueda identificar de alguna forma, lengua, raza, religión, Estado-nación etc.; todo ello porque las personas piensan que las decisiones de tal grupo serán una decisión mejor para ellas.

En su argumentación DWORKIN concatena una serie de interrogantes, “¿Por qué soy *libre*, cómo puede pensarse que me gobierne a mí mismo?... ¿Cuándo debo obedecer lo que otras personas deciden por mí incluso si pienso que es erróneo o poco inteligente o injusto para mí y mi familia? ¿Qué diferencia puede establecer la cantidad de personas que piense que una decisión es correcta e inteligente y justa si no es necesario que *yo* lo piense? ¿Qué tipo de libertad es ésta?... ¿Qué es lo que puede significar la pertenencia *genuina* a una comunidad política? ¿Y en qué sentido puede ser el acto colectivo de un grupo el acto de cada miembro?” (Dworkin:2004:123)

Estos interrogantes son para él morales, la respuesta está en que, la verdadera democracia se basa en la pertenencia moral. Las condiciones democráticas entonces deben lograrse antes de que los procedimientos de la toma de decisiones puedan requerir ventaja moral alguna de las mayorías sobre otros procesos colectivos de decisión. “Las condiciones democráticas son las condiciones de pertenencia moral a una comunidad política.” Entonces en el juego de la premisa mayoritaria y la libertad positiva, ésta última se ve fortalecida por la concepción constitucional de la democracia. La idea de autogobierno, de autonomía se puede desarrollar sólo en una comunidad que se integra con las condiciones de pertenencia moral, así podemos decir que el *gobierno del pueblo*, puede ser referido en un sentido fuertemente *comunal*, y no meramente en un registro estadístico de voluntades expresadas en el sufragio. DWORKIN concluye con cuáles son las condiciones de pertenencia moral, afirmando que deben estar presentes dos tipos de condiciones, el primer tipo son las *estructurales*, algunas de éstas son fundamentalmente históricas, es decir la comunidad se ha establecido históricamente, ha definido límites territoriales reconocidos y estables. Admite que otros pueden agregar otras condiciones, tales como que los integrantes de la comunidad compartan una cultura, una historia política, una comunidad de lengua, de valores, etc. El segundo tipo de condiciones son las que denomina *relacionales*, determinan la manera en que debe

tratarse a un individuo en una comunidad política para que sea un miembro moral. Y esta manera consiste esencialmente en otorgarle una *parte* de la decisión colectiva, una *participación* en ella e *independencia* frente a ella. Admite la diferencia con respecto a las decisiones colectivas y la magnitud de ésta no debe estar estructuralmente fijada de manera que presuponga algún presupuesto de valor, talento o habilidad o la corrección de su estilo de vida. La libertad de expresión es esencial no sólo en los momentos políticos formales, sino también en la vida informal. Además, el proceso político debe formular alguna noción de buena fe del *igual cuidado* por los intereses de todos. Esto conlleva la idea de *reciprocidad* en el trato, lo que según Dworkin explica una intuición por muchos compartida, la de “que una sociedad en la que la mayoría muestra despreocupación por las necesidades y perspectivas de alguna minoría es ilegítima e injusta”.

La condición de la independencia, implica la idea de *socios*, la concepción de que los miembros de una comunidad política se miran entre ellos como socios de una empresa común, más allá de que ésta no sea conducida como ellos quisieran. Esto implica el reconocimiento de que frente a controversias de intereses, acuerdan en que una decisión tenga autoridad frente a todos, debe entonces proveer las condiciones que estimulen a sus miembros a alcanzar creencias sobre valores o ideales respecto de las decisiones colectivas y sus requisitos procedimentales o de fondo, a través de su propia reflexión.

En su defensa de la lectura moral y el control judicial de constitucionalidad como mecanismo adecuado para mejorar la democracia, DWORKIN utiliza el óptimo de PARETO, para demostrar que la premisa mayoritaria debe ser abandonada como parámetro esencial de la democracia. Declara que si la decisión judicial de declarar una norma como inconstitucional es correcta, la decisión es democrática porque ningún costo moral ha sido pagado y porque nadie se encuentra en peores condiciones. Si el tribunal no hubiese intervenido en el caso y aquella norma es válida también es aplicable el óptimo; por supuesto si consideramos que la decisión judicial es incorrecta, no hay duda de que afecta a las condiciones democráticas, pero no en mayor medida de cuando la decisión incorrecta es tomada por la mayoría. En consecuencia la premisa mayoritaria es confusa, ya que no puede explicar todos los casos y merece según Dworkin ser abandonada.

Respecto de la aplicación de las normas jurídicas, DWORKIN da cuentas de un proceso de comunicación *oculto*. Este sería un proceso de comunicación moral, que se

oculta por razones de impopularidad, pero que está presente tanto en las decisiones políticas, en las judiciales, o en las estrategias de los abogados. Sostiene que la mayoría de las constituciones modernas establecen derechos individuales frente al gobierno, en un lenguaje abierto, amplio y abstracto. Propone para interpretar y hacer respetar la constitución una *lectura moral*; lo que quiere decir es que este tipo de lectura plantea que todos, “jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia.” De esta manera la moralidad política es incorporada al derecho constitucional. Sin embargo, la moral política es controvertida e incierta, así que se hace imprescindible señalar en el sistema a quién en caso de controversia se le dará autoridad para interpretar. En el sistema norteamericano y en el nacional es el Poder Judicial el autorizado. Los críticos de esta posición sostienen que significa otorgar a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones sobre la moral pública. DWORKIN sostiene que además de erróneo, este argumento, en realidad, se practica en forma oculta. Cuando calificamos a los jueces como liberales o como conservadores estamos haciendo una lectura moral, estamos designando diversas visiones de los valores morales centrales constitucionales. La lectura moral no es de ninguna manera una práctica revolucionaria, en su labor diaria, abogados y jueces piensan que la Constitución expresa “exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos sólo a través de juicios morales particulares....no tienen otra opción.” Sin embargo, raramente nos encontramos con la admisión abierta de una lectura moral, más aún, si se acercan a ella, retroceden e intentan encontrar otras metáforas para sus prácticas. La reputación de la lectura moral es altamente impopular política e intelectualmente, es rechazada como visión “extrema”. Pero, como deben recurrir a argumentos eufemísticos fracasan al tratar de explicar sus decisiones en forma satisfactoria. Esta mala fama proviene de la distinción crucial entre el derecho y la moral, y la apariencia de la reducción del derecho a la elección de los principios morales por los jueces de una determinada época. Asimismo es imputada, de imponer a la soberanía popular la voluntad de una élite, las cuestiones centrales de la moral política que sólo el pueblo tiene derecho a decidir.

La confusión implica tanto a los jueces como a los políticos, ya que éstos últimos no comprenden cuan intensa es la imbricación de la lectura moral en la práctica constitucional. Esto es así, ya que permanece oculta cuando las propias convicciones del juez apoyan una legislación cuya constitucionalidad está puesta en duda. La presencia ubicua de la lectura moral se hace evidente cuando “las convicciones principistas de

algún juez, identificadas, sometidas a prueba, y tal vez modificadas por la experiencia y la discusión, apuntan en dirección opuesta, porque, entonces, hacer cumplir la Constitución debe querer decir, para ese juez, *decirle a la mayoría que no puede tener lo que quiere.*”¹⁹ Dado el supuesto que la interpretación es neutral y depende de técnicas interpretativas y no de la lectura moral, ha resultado en la percepción de que darle la última palabra al Poder judicial, es convertir a la estructura política en elitista, antipopular, antirrepublicana y antidemocrática. Esta percepción se basa en la creencia de una conexión entre la democracia y la voluntad de la mayoría. DWORKIN advierte que la lectura moral es “una estrategia para abogados y jueces que actúan de buena fe, que es todo lo que cualquier estrategia interpretativa puede ser.”

Los que han aceptado que la lectura moral es la correcta, no están dispuestos a dejar en manos de los jueces la última palabra, ella pertenece al pueblo, sin embargo, la experiencia política jurídica norteamericana la excluyó. Este argumento de DWORKIN pareciera acercarse a la justificación de los hechos consumados. La segunda posición llamada “estrategia originalista” o de la intención original, no acepta la lectura moral. Los sostenedores del originalismo afirman que la Constitución significa lo que sus redactores esperaron que su texto dijera. Pero, si se adopta esta posición muchas cláusulas constitucionales no podrían ser interpretadas extensivamente para casos a los que los redactores no hubiesen querido incluir. La segregación racial escolar es un ejemplo claro, ya que la segregación vulnera la igualdad de estatus, pero ciertamente los redactores de la Constitución de los EEUU no tenían la intención de terminar con la segregación escolar. “La estrategia originalista traduciría ese error en derecho constitucional perdurable”.

Ahora bien, ¿qué significa democracia? Si la respuesta común es que significa el gobierno del pueblo, ¿qué alcances tiene esta respuesta? En realidad los teóricos políticos no se han puesto de acuerdo sobre el contenido de lo que realmente la democracia es. Y más allá de las polémicas alrededor de los diseños institucionales, las técnicas electorales, los mecanismos de representación, la distribución del poder entre gobiernos locales, estatales y nacionales, la verdadera disputa discurre alrededor del valor o sentido esencial de la democracia. Los defensores de la premisa mayoritaria sostienen que la esencia de la democracia consiste en los resultados justos del proceso político, es decir, que la decisión obtenida es la que favorece a una mayoría o pluralidad

¹⁹ Ibídem p. 105 las cursivas son nuestras.

de ciudadanos, “o que hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar”.

Como explicitaremos más adelante respecto de la legitimación democrática de la Administración, los llamados a decidir deben ser provistos de la información necesaria, reconocidos cuando organizados alrededor de sus intereses, o el mismo poder político debe prever aquellos intereses afectados pero que no se encuentran organizados al momento de la decisión por falta de recursos económicos o políticos, y se los provea para evitar luego la violación sistemática de una decisión normativa o administrativa.

Así, los partidarios de la premisa mayoritaria pueden sostener que aun cuando los individuos tienen significativos derechos individuales que la mayoría debe respetar, tal premisa supone que si el Poder legislativo decide restringir por ejemplo la libertad de expresión, el Poder Judicial nada tiene que decir al respecto. Otra corriente dentro de la premisa mayoritaria, acepta que en algunas oportunidades la voluntad de la mayoría no debe gobernar. Es decir el juez final respecto de las decisiones que pueden afectar derechos individuales no es la mayoría, que este poder está limitado, y que las decisiones mayoritarias pueden ocasionar un costo moral, y si nos inclinamos por respetar la decisión de la mayoría política, la injusticia permanece.

Si, entonces, no aceptamos la premisa mayoritaria habrá que acudir a otra clase de argumento para sostener el sentido de la democracia. DWORKIN propone una “concepción constitucional de la democracia”, el objetivo determinante es el de que “las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto”.

Es decir que la democracia descansa en el estatus igual de los ciudadanos. Las condiciones democráticas incluyen claramente la posibilidad de igual trato para ocupar puestos públicos. En este sentido RAWLS, exige en cambio al reconocer las desigualdades económicas y sociales, que los privilegios obtenidos por los ocupantes de los puestos y cargos públicos se vuelquen a favor de los miembros menos beneficiados de la sociedad.

De todas maneras, el tiempo actual (en cual subsisten categorías pertenecientes a la modernidad) ya no puede ser explicado de tal manera. El principio del mercado se ha convertido en hegemónico, “en el sentido de ser capaz de generar un *surplus* de significado que se vierte sobre el principio del Estado y el principio de la comunidad y trata de colonizarlos”. (Sousa Santos:1989:233)

Asistimos a un trágico crecimiento de los mercados mundiales que trae aparejada la aparición de sistemas de producción universales y compañías multinacionales, “que socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a un nivel nacional”. Como deplorables consecuencias podemos señalar entre otras, la flexibilidad laboral, precariedad de las conquistas corporativistas del Estado de Bienestar, pérdida de capacidad de negociación de los sindicatos, incremento de la diferenciación interna de la clase trabajadora y la terrible expansión de los servicios, todas estas situaciones han impedido la transformación de las prácticas de clase en políticas de clase. El concepto de reforma social triunfó sobre el de revolución, y significó en la práctica, una transformación pacífica e incompleta por medio de leyes abstractas y universales promulgadas por el Estado²⁰.

Sin embargo, la forma jurídica liberal se ha topado con sus límites, y ha demostrado ser totalmente inútil para orientar algunos de los problemas más serios de nuestra época, desde los accidentes nucleares, desastres ecológicos, al SIDA²¹.

El mismo Estado parece ser ya una obsoleta unidad de análisis, es más débil externamente, menos eficiente internamente, y se ha convertido paradójicamente en más autoritario, actuando a través de burocracias mal integradas, e impregnado por los otros dos principios parece estar batiéndose en retirada, sin embargo este “Estado Dormido” no necesariamente ha de finalizar en su muerte, más bien se abre en el escenario internacional actual, un debate político que posibilite un lugar para un Estado de bienestar más inteligente y particularizado, una articulación entre Estado y sociedad de bienestar.

Se persiste todavía en tratar de explicar la transición paradigmática con las categorías de la Modernidad, pero éstas resultan insuficientes, el ejemplo paradigmático es el de la soberanía.

²⁰ SOUSA SANTOS, “*La transición...*” “La juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones sociales estandarizadas, es decir, produjo hábitos sociales unidimensionales de masa, y el empobrecimiento social de las clases populares hizo posible que fuera realizado, a través de la transformación de ciudadanos autónomos en clientes o incluso en víctimas de los estados burocráticos cada vez más autoritarios”. p. 236

²¹ SOUSA SANTOS, “*La transición...*” p. 239 El principio de la comunidad ha resurgido con “la aparición de nuevos espacios antagonistas que proponen nuevos programas sociopostmaterialistas y políticas (paz, ecología, igualdad sexual y racial) que han de ser realizados por nuevos grupos insurgentes y movimientos sociales”

Todavía subsiste la noción decimonónica de la soberanía, entendida como algo absoluto cuando en la actualidad este concepto se ha estado diluyendo o disolviendo paulatinamente y se entiende que en muchos aspectos ella no puede ya aplicarse como antes. “Como ha remarcado ERWIN LASZLO: no importa cuán natural pueda parecer esa inquebrantable adhesión a la soberanía nacional, ella no está inscrita ni en las leyes de la sociedad ni en las de la naturaleza.” Es un producto histórico, y debe pasar a la historia, cuando la era que la ha producido haya pasado, es el síntoma del mercado dentro del Estado. “O como lo ha señalado SHIMON PERES: que el concepto de soberanía, que fue introducido en el siglo XVI, ha perdido mucho de su significado porque estamos en vías de pasar de estados a comunidades económicas”. (Grün:2001/2002:119,121)

En otra posición aparecen DE SOUSA SANTOS Y VALLESPÍN sosteniendo que el Estado sigue siendo de todas maneras la arena donde la política se desarrolla.²²

La doctrina está conteste en sostener que el derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales, a su vez éstos se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial. “De la noción del derecho internacional como un "derecho primitivo", expresado a través de la "*comitas gentium*"(cortesía internacional)

²² MORA CASTRO, EDUARDO Profesor ULACIT *Globalización y Estado Nación Apuntes para las II Jornadas Universitarias de Derecho*. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. 28 de Noviembre de 2003. Revista Rhombus N° 1 diciembre 2004. “Llamaremos globalización a la intensificación de las relaciones económicas, políticas y culturales a través de las fronteras”. Sus causales son básicamente científicas y tecnológicas, y si bien puede ser descrito como un proceso histórico continuo, el concepto que se plantea hoy como globalización responde más a la percepción económica y comercial del concepto que a los alcances políticos, culturales y jurídicos del mismo. Debemos dejar claro, como ya lo han hecho otros autores, que no estamos en presencia de un fenómeno novedoso: Solamente en los últimos cinco siglos el cambio tecnológico ha reducido progresivamente las barreras de la integración internacional. Si bien es posible plantear diferentes momentos históricos que prueban la existencia de la globalización como fenómeno de la sociedad mundial, quisiera referirme al proceso *globalizante* (si es que existe ese término) que vive nuestra sociedad posmoderna; el cual puede ser ubicado mi criterio a partir del final de la década de 1981 a 1990 y cuyo banderazo inicial lo da sin duda la desmantelación del denominado hasta ese entonces *Segundo Mundo*, integrado por la Unión Soviética y sus países satélites”. GRÜN, ERNESTO, “La Globalización del Derecho: un fenómeno sistémico y cibernético” Abeledo Perrot Buenos Aires, 1995. “La globalización ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común”.

y el principio de "*pacta sunt servanda*",(los pactos deben ser cumplidos) en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etc. Estructuras jurídicas que poseen inclusive tribunales con "imperium" no solamente sobre los Estados Nacionales, con diversa intensidad, sino aún sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos Estados. Esto se ve claramente en Europa y en la reforma constitucional argentina (1994), a través de diversas normas y en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia”

En este escenario tan brevemente pincelado es importante focalizar la mirada sobre la modificación sustancial que ha sufrido el proceso legislativo por imperio de la extraordinaria aceleración que sufren actualmente los sistemas económicos, políticos y sociales mundiales y locales, y por acción, en gran medida de las grandes transformaciones tecnológicas. En tal sentido, el empleo de los llamados *decretos de necesidad y urgencia* y *el otorgamiento de poderes extraordinarios al ejecutivo*, reflejan la incapacidad de los poderes legislativo y judicial de hacerse cargo de la rapidez de las transformaciones que los distintos sistemas que constituyen el entorno están sufriendo.

La *economía, eficiencia y eficacia* de la gestión, a las que habría que agregar la *equidad*, se convierten en valores que adquieren gran relevancia en la actuación de los poderes públicos, que a su vez hacen que su forma de organización sea cada vez más flexible y autónoma, y que los procedimientos y técnicas de actuación se modifiquen adoptando fórmulas de “*management*” empresarial.

Se elaboraron políticas nacionales de modernización administrativa bajo la inspiración de la “*nueva gestión pública*”. Estos parches tendieron a que la Administración imite los mercados, presionada para abandonar el empleo de los aparatos administrativos públicos a favor de corporaciones privadas en la prestación de bienes colectivos y servicios públicos básicos (Evans:2003); aquí el Mercado sobredetermina al Estado, sin embargo sostenemos que, no hay asepsia en Economía, siempre se trata de Políticas Económicas. “Al no responder estos cambios a un sistema, plan o modelo general y constituir muchas de ellas excepciones al *paradigma de racionalidad legal y gerencial* representado por la burocracia weberiana, se han tendido a interpretar muchas veces como “*huidas del derecho*”, lo que en realidad son expresión de las crisis de adaptación del modelo burocrático a las exigencias de buena administración de nuestro tiempo. En realidad, los riesgos de las reformas realizadas no

han procedido tanto del alejamiento de las viejas ideas, cuanto de la falta de nuevas ideas con las que encarar los problemas nuevos.

También es cierto que la experimentación de los nuevos diseños institucionales no siempre ha sido acertada. De hecho nunca se deben desconsiderar los riesgos de la *captura de los intereses públicos* por grupos de interés ya sean políticos, burocráticos, corporativos, empresariales o mediáticos. Prats sostiene que la ética nunca sobra, pero la mala política como la mala administración no se resuelven con ética, sino con buen diseño institucional que incentive el comportamiento político, administrativo, empresarial y cívico correctos y responsables” (Prats:2005)

El dato decisivo viene constituido, en todo caso, por los nuevos desafíos que, como consecuencia de los procesos de globalización y transición a la sociedad del conocimiento enfrenta hoy la sociedad, los cuales se traducen en necesidades, valores y demandas sociales nuevas que requieren de un impulso decisivo e integral a los movimientos espontáneos de reforma administrativa, “se hace necesario impulsar la reforma global de las Administraciones Públicas” “Las administraciones públicas a las que se aspira deben ser un reflejo coherente con la sociedad que se ambiciona. No hay buena administración con mala sociedad y no hay buena sociedad que dure sin una buena administración que la sirva”. La condición necesaria para una auténtica reforma administrativa descansa en la demanda social y la presión política constituidos como valores sociales insertos en la cultura cívica.

Los nuevos desafíos que provienen “de los procesos en curso de globalización y transición a la sociedad del conocimiento están generando una complejidad, diversidad y dinamismo sin precedentes. Están generando asimismo una interdependencia desigual que hace emerger la llamada “sociedad del riesgo” (Beck:1999:32 y ss)

Las tareas tradicionales de la Administración son alteradas por la exigencia de tareas y condiciones nuevas. Por ejemplo, la búsqueda de bienes públicos indivisibles (servicios “*uti universitatis*”) objeto de la tradicional función de policía se plantea de modo completamente diferente, esta búsqueda no puede hacerse sino de modo parcial y subordinado mediante las intervenciones tradicionales de reglamentación, inspección y sanción, los mecanismos hoy son: creación de observatorios, sistemas de información y conocimiento, sistemas de alerta temprana, entre otros.

De igual manera sucede con las funciones como las de “producción de normas, preparación de políticas y programas o de aseguramiento de bienes públicos divisibles o de mérito mediante la prestación de servicios públicos (*uti singuli*)”.

Las normas, incluida la Ley, deben hoy ser debidamente instruidas, no basta con que sean legítimas jurídico-formalmente; deben manifestar la *ratio* y no sólo la *voluntas*, deben ser fundamentadas en forma suficiente, pero además deben considerar los diversos intereses y valoraciones sociales favoreciendo la deliberación informada de éstos, sin perjuicio de que la decisión final corresponda a las autoridades democráticas representativas competentes. Es así que el tema de la “calidad de las normas” ha crecido en importancia en los Estados Democráticos de Derecho, calidad que consiste no sólo en rigor técnico y seguridad jurídica, sino en legitimidad democrática, entendiendo por ella, la posibilidad de información y participación deliberativas tutelada efectivamente a los grupos concernidos por las normas.

Unas organización y producción uniformes ya no funcionan en la prestación de los servicios de naturaleza personal (educación, salud, asistencia social, culturales...) con motivo de la diversidad de usuarios a los que se dirigen. El modelo burocrático de organización y prestación de servicios no puede conservar “racionalidad” en “sociedades plurales, desiguales en niveles de cultura y renta, cuando no multiétnicas y pluriculturales”.

Así, formas alternativas surgen, tales como la organización de mercados planificados o cuasimercados, la construcción de competencia mediante distintos mecanismos, legales o económicos, la construcción de modelos que combinan la jerarquía en el centro con redes de agentes plurales de servicio público capaces de articular el esfuerzo y conocimiento que se hallan dispersos entre todos ellos. Sin embargo, el Estado Nación ha de seguir siendo el escenario político central en lo referente a la gobernabilidad, y es en él que las transformaciones mencionadas han de desarrollarse para convertirlo en un recurso potente. Aun cuando hayan de perder poderes tanto hacia entidades locales y supranacionales, esto no implica su pérdida de relevancia y su centralidad política.

Las transformaciones del Estado-nación han repercutido sobre el Derecho, en particular el Derecho Administrativo, en lo que hace a su idoneidad y eficacia para hacer frente a los desafíos actuales productores de riesgo social y de imprevistos catastróficos como son la destrucción del medio-ambiente, la superpoblación, el endeudamiento estatal y la desigual distribución del bienestar.

Es de importancia advertir, que la opacidad del funcionamiento de la democracia en la sociedad de riesgo sobrecarga al sistema político de demandas, y el Estado sólo responde a la coyuntura para poder mantener la gobernabilidad, pero abandona la

necesaria e indispensable función del proyecto de sociedad a largo plazo. La toma de decisiones para la ejecución de los recursos públicos no se hace en base a prioridades sino que se van satisfaciendo las demandas por orden de llegada, esta forma de administrar lo común también socava la legitimidad democrática.²³

Se hace entonces imperativa la transformación en la relación entre Administración y ciudadano. Esta debe ser transformada de una relación de *imperium* (relación entre partes que no son equiparables, y que descansa en la orden y su respuesta la obediencia del administrado) en una relación jurídica, (la que proviene del Derecho privado y supone relaciones consensuales). Pero esto no quiere decir que el Estado renuncia a la dirección de la sociedad y a la expresión del interés general, entonces el Derecho Público se ofrece como un atributo al Estado de Derecho (facultad de *oficium*) de disponer sobre el hacer o no hacer de los ciudadanos a los efectos de la configuración social.

Es la dirección social concebida como el servicio al interés general, y en consecuencia es el Derecho una vía no sólo programática, sino decisoria de conflictos y protectora de la arbitrariedad y el abuso del poder, tal como en el Derecho Privado sólo que en las relaciones entre el Estado y el ciudadano. (Parejo Alfonso:1991:23/24)

La creciente complejidad y velocidad de las demandas sociales que permite el Estado social democrático de Derecho, conducen en razón de la rigidez heredada de una tradición ligada al modelo anterior, a un grado variable de ingobernabilidad. Esto particularmente se hace patente en la Administración Pública que conserva como tendencia inercial sus regulaciones, reglamentos, competencias, y una cultura ligada al funcionario al servicio del Estado y no al servicio del ciudadano.

Ante la falla burocrática el modelo económico privado se abre paso en el sector público, modelo basado en la empresa y en su preocupación por el coste y la rentabilidad²⁴. Sin embargo, las ideas de “producto”, “cliente”, o “holding” “como elementos caracterizadores de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, no constituyen, desde luego, expresiones o conceptos que resulten familiares o conocidos en el plano de las relaciones jurídico-administrativas”. (SCHMIDT-ASSMANN:2003:34)

²³ Sin duda, esta nueva realidad nos impone un reajuste categorial, que como dice VALLESPÍN, debe comenzar por la política y el Estado en el ámbito más amplio de la sociedad. VALLESPIN, FERNANDO “*El futuro de la política*” Taurus, Madrid, 2000 p. 14

²⁴ Cada vez más las relaciones jurídicas del derecho privado se instalan cómo las únicas posibles. Sin embargo, éstas suponían un marco de buena fe, que ya no funciona, debiendo los contratos establecer todas y cada una de sus cláusulas en forma precisa. GÉHENNO:1995

Y, aunque puede ser beneficioso que la racionalidad económica y eficacia se constituyan en parámetros legítimos de la acción administrativa, se ha de reconocer que existe el riesgo de sustituir la función del Derecho por los mecanismos de mercado. Sin embargo, las sociedades modernas se caracterizan por una neta separación entre el orden económico y el sistema político-administrativo, estas esferas tienen cada una sus propias leyes y modelos teóricos y racionales diferentes. Es así que el criterio de rentabilidad no es el único criterio para que la Administración Pública se guíe, pero el clásico modelo de dirección jurídica debe ser complementado con criterios de *eficiencia*.

De la Administración completamente programada sobre la base del principio de legalidad y de reserva de la actividad administrativa, se estaría en camino a un sistema policéntrico de producción, definición y realización del derecho. La propia programación de la administración sobre la base de la ley se ha transformado al sufrir la ley misma una transformación significativa, la que no sólo consiste en la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción, sino también por el cambio en el contenido mismo del mandato legal. La ley deja de responder al esquema mandato general-deber de obediencia de los ciudadanos, para establecer simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como la búsqueda de soluciones en el caso concreto.

“La globalización no ha debilitado a los Estados que siguen siendo los actores clave en la arena política interna e internacional. Crecientemente el Estado es llamado a actuar como el vínculo entre los diversos actores implicados en los procesos de planificación, regulación, consulta y toma de decisiones²⁵. El Estado sigue procurando su función de cohesión social, pero ahora apareciendo como el “*hub*” de actividades que conectan distintos actores en los más diversos campos, actividades, regiones, culturas, profesiones e intereses. Para eso no sirven las viejas estructuras burocráticas decisionales jerárquicas. La diferenciación creciente de necesidades, tecnologías, habilidades, ideologías e intereses ha producido una gran difusión del poder.

“Las estructuras monocráticas, compactas, piramidales que constituyen el legado del racionalismo del siglo XVIII ya no representan la realidad de las administraciones

²⁵ También CROUCH y VALLESPIN hacen referencia a las crecientes dudas sobre la legitimidad de los políticos, al constatar una menguante participación electoral, es que en esta relación no es posible redactar y firmar ningún contrato exhaustivo que supla la buena fe. CROUCH:2004:8

públicas contemporáneas...” (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (2001), World Public Sector Report. Globalization and the State).

La globalización está produciendo, en efecto, que todas las políticas internas sean o estén teñidas de internacionalidad. Los Ministerios de Asuntos Exteriores pierden su monopolio tradicional sobre la acción exterior del Estado; los Presidentes se involucran cada vez más en política exterior y de hecho la dirigen. La globalización mejora también las oportunidades de compartir con los colegas de otros países que están viviendo los mismos problemas. Esto no tiene nada que ver con copiar o importar. Exige el desarrollo de una capacidad política y gerencial ajena a la función pública tradicional, la cual, a juicio de algunos autores, constituye un rasgo destacado de la competitividad nacional.

Todo ello nos lleva a una última y obvia exigencia de la globalización: la redefinición de los conocimientos, actitudes y habilidades requeridos de los líderes políticos y de la función pública. Las habilidades lingüísticas, la sensibilidad multicultural, la capacidad de construcción y manejo de redes; la visión y gestión estratégica; la capacidad de negociar, de construir equipos, de gerenciar la tensión y el conflicto, y, quizás sobre todo, de mantener la credibilidad necesaria para dirigir procesos de experimentación y aprendizaje, resultan aspectos críticos de la reinención del liderazgo político y de la función pública que requiere nuestro tiempo.²⁶

En tanto Wolkmer sostiene que: “Los paradigmas que produjeron un ethos marcado por el idealismo individualista, por racionalismo liberal y por el formalismo positivista, así como los que mantuvieron la lógica del discurso filosófico, científica y jurídico son cuestionados en su racionalidad y sustituidos por nuevos modelos de referencia”. (Wolkmer:2017:19)

²⁶ VALLESPIN:2003:10 El desinterés por la política cotidiana es explicado por un cambio profundo, concretado en una “crisis del Estado” en su capacidad de dirección y de integración normativa y simbólica...se percibe en la creencia generalizada...de que el mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos. Hay que contabilizar también otros factores, como la nueva diversificación del público, ... con sus nuevos procesos de individualización y el predominio de estilos de vida ajenos a lo político....La consecuencia más inmediata es o bien el activismo en movimientos sociales plurales y heterogéneos, o la “fatiga civil”...la apatía política y el “retorno a lo privado”...En definitiva, un paisaje marcado por el pluralismo, la diversidad y la fragmentación, que proyecta una sombra difusa sobre todo el escenario de la política”. Señala además que seguimos manteniendo las mismas categorías y conceptos políticos que funcionaban desde el período de la posguerra mundial.

Aunque las políticas públicas se formulan e implementan crecientemente en base a redes de actores interdependientes, éstas se siguen radicando en los poderes ejecutivos de los diferentes niveles de gobierno. Ante las transformaciones tan radicales que hemos analizado, una parte de la doctrina afirma que la clave radica en el fortalecimiento de las capacidades de apoyo al liderazgo del Ejecutivo con un doble propósito:

(1) fortalecer la capacidad de previsión y manejo de los conflictos político-sociales con la intención de hacer del conflicto la oportunidad para acelerar el proceso de aprendizaje social de nuevas reglas, valores y capacidades para la acción colectiva, y

(2) garantizar la coherencia de la acción del gobierno tanto entre sus distintos componentes como con los actores relevantes de la sociedad civil y del sector privado. Estas aspiraciones son siempre ambivalentes, el fortalecimiento del Ejecutivo puede desembocar en el autoritarismo, o la acción colectiva puede estar muy lejos de ser posible ante la falta de solidaridad suficiente siquiera para emprenderla; pero siempre hay un lado soleado de la modernidad, una oportunidad para elegir, sacudirse las cadenas y conseguir la mayor libertad posible.²⁷

27 El mundo se ha convertido en un gran experimento, en un inmenso laboratorio del desarrollo social y humano, que genera una inmensa fuente de libertad, pero produce nuevas tensiones tanto a nivel cotidiano como a nivel nacional e internacional. *Un mundo en fuga, el fin de la era institucional* de GUÉHENNO. Ob. cit. p. 71

Conclusiones

La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía.

“Sobre el parlamentarismo” C. Schmitt

El paradigma clásico de la División de poderes, en el cual el Poder Legislativo tenía las funciones de elaborar, legislar y controlar se ha modificado sustancialmente, a favor de una cada vez más dinámica actividad del Poder Ejecutivo y en detrimento de un Poder Legislativo cada vez menos activo²⁸.

Asistimos a la producción de una inusitada normativa de emergencia, Decretos de Necesidad y Urgencia, promulgación parcial de las leyes, decretos delegados, intervención federal a las provincias o estados, y la declaración del Estado de Sitio, constituyen el plexo normo-constitucional de la legislación de emergencia.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia u Órdenes Ejecutivas son a la vez expresión de soberanía, y como tales surgen históricamente en la Constitución de la restauración francesa, pero siguen apareciendo en las modernas Constituciones, tanto en el Estado de Derecho como en el Estado Social, en la medida en que la unidad del Estado se ve en peligro por la inacción de los cuerpos legislativos, o por imposibilidad de la toma de decisiones ante demandas sociales más dinámicas, atravesadas por la globalización²⁹

²⁸ Según HERNANDO:2001:160 “Durante el período de Weimar....en medio de una enorme crisis del Estado de Derecho se desarrolló en Alemania un importante debate entre quienes abogaban por el decisionismo jurídico y quienes aceptando la crisis del derecho positivo aún consideraban relevantes los aportes del Rechtsstaat o Estado de Derecho...ambas tendencias coincidían en un punto: el modelo del Estado de Derecho no podía por sí solo superar las demandas planteadas por la sociedad y esto resultaba un síntoma evidente de que algo en él no marchaba bien”. p. 160

²⁹ Ver PIERRE ASTIC “La constitution du 5 octobre 1958 et le système politique de la V^e République, en «Jean-Marie Auby, Droit Public. Théorie Générale de l’Etat et Droit Constitutionnel. Droit Administratif», tomo 1, Economica, París. P. 139 citado por PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO “El silencio del Congreso” en “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994” Tomo I Depalma Buenos Aires, 1995. “Cabe agregar que no es privilegio de nuestro país presentar esta situación de crisis institucional donde se destaca el Ejecutivo y aparece en pérdida el Legislativo; dice Astic que “el desarrollo considerable del rol del Estado después de un medio siglo, la complejidad y la diversidad de problemas que aquél debe enfrentar, la extrema rapidez de las soluciones que él debe aportar, la internacionalidad de sus consecuencias, hacen que el Parlamento hay devenido en una institución inadecuada para ejercer el poder. Su carácter colegiado, su modo de designación electoral, sus reglas de funcionamiento tradicionales no le

Para otros, sin embargo, significan la atribución directa al Ejecutivo de una herramienta poderosísima para la eliminación o elusión del control parlamentario, excluyendo a las minorías.

No parece estar demostrado que fuera del campo de la clase política y de los académicos, en la actualidad los ciudadanos perciban a la legislación de emergencia como fuente de desafección política.

La tradición jurídica centenaria de los juristas que construyeron un Derecho para un Estado limitado y acotado, ya no sirve para orientar la acción de gobierno. Aquel Derecho, aquel Poder, presuponían una docilidad a los mandatos, es decir se consideraban legítimos.³⁰ (Serrafero:2005:166) Aunque, como ya hemos señalado el Estado de Derecho llevaba dentro de sí el remedio a lo imprevisto, a lo accidental, a la emergencia.³¹

La lógica democrática para SCHMITT siempre supone la existencia de una separación entre “ellos” y “nosotros” los que están dentro del demos y los que se hallan fuera de él. Es la condición misma para el ejercicio de los derechos democráticos. Esta condición entra en tensión con el acento puesto por el liberalismo en el respeto de los derechos humanos, ya que no se puede garantizar que la decisión democrática no afecte algún derecho ya existente. (Mouffe:2003:21,22) En consecuencia la soberanía del pueblo siempre se encuentra limitada en una democracia liberal.

Sin embargo la tensión entre democracia y liberalismo sólo puede reconciliarse imperfectamente, sólo negociarse, esta negociación se da entre fuerzas políticas y siempre se establece la hegemonía de una de ellas. Sin embargo, la hegemonía del liberalismo y el neoliberalismo ha negado la existencia de fuerzas opuestas, propugnando por el *consenso centrista o racional*, naturalizando así el *statu quo*. En

permiten responder a las exigencias del poder político actual”... “y señala el autor que “desde este punto de vista, nuestras instituciones políticas francesas pueden ser calificadas de “modernas””.

³⁰ Entendida como gobernabilidad democrática sería para SERRAFERO “la cualidad que ostentan las instituciones de gobierno cuando logran actuar con legitimidad y eficazmente” en SERRAFERO, 2005 p. 166

³¹ DONOSO CORTÉS, JUAN expresaba: “...el legislador que en tiempos de disturbios y transtornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario”, en GARCÍA PELAYO, MANUEL, “*Derecho Constitucional Comparado*” Madrid, 1964 p.163

esto precisamente radica el peligro para la democracia liberal, la negación del enfrentamiento.

MOUFFE propone repensar la democracia liberal en términos de “pluralismo agonístico”, así, pese a reconocer que SCHMITT tiene razón al destacar las diferentes formas en que la lógica universalista liberal se opone al concepto democrático de igualdad, y a la necesidad de constituir políticamente un *demos*, sostiene que es posible no renunciar a una de las dos tradiciones, transformando la relación amigo-enemigo en una de adversarios. Esta relación sigue reconociendo sin embargo, una forma de resolución de conflictos basada en la dicotomía ganadores-perdedores.

Sí hay que renunciar a la “ilusión de que pudiera llegar a producirse un consenso racional allí donde esa tensión se hubiera logrado eliminar, de ahí también la necesidad de comprender que la política pluralista democrática consiste en una serie de formas pragmáticas, precarias y necesariamente inestables de negociar su inherente paradoja. (Mouffe:2003:31,32)

Entonces, la relación adversarial aparecerá en cada acto político, y se establecerá en función de cómo se resuelva (se quiera o se pueda resolver) el enfrentamiento, condición *sine qua non* de la existencia de la política. Entonces esta nueva relación entre los poderes políticos del Estado y la instrumentación cada vez mayor de la excepción por parte de los ejecutivos ha abierto una brecha de indeterminación entre la Teoría del Derecho Público y su práctica concreta.

Sólo reconociendo esta indeterminación, las modificaciones en los conceptos heredados de la Modernidad, interés general, ley, división de poderes, y equilibrios paradójicos entre democracia y liberalismo, se podrá conjurar el peligro a que la democracia y la misma convivencia humana están sometidas.

La política encargada del orden, de mediar y encauzar los conflictos, de determinar la *res pública*, de reinventar las instituciones fundamentalmente en momentos de crisis, “es demasiado importante para dejarla sujeta al vaivén de los acontecimientos” (Vallespin:2000:13). Esta política estará “marcada por la recomposición del poder del Estado, obligado a ceder soberanía en áreas anteriormente consideradas sagradas.”³²

En el campo aún llamado política hay que establecer los procesos de fabricación de las reglas, más que construir soberanía. Entonces, es necesario rescatar la

³² Ibídem p. 14. Ver también WOLIN, SHELDON, “Política y Perspectivas” Amorrortu, Buenos Aires, 1974, p.37

conceptualización maquiaveliana del otro aspecto de la política como arte de lidiar con la contingencia.³³

³³ Ver ATRIA:2003:319,347,343. “Desde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia, nos gobiernan: *nosotros* nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política aterra, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas, como la chilena, después de haber sufrido las consecuencias de esa contingencia, de que las cosas siempre pueden ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Es entonces cuando oímos el canto de sirena del derecho, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de todos modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos”.

Referencias bibliográficas.

- ATRIA, FERNANDO. “El derecho y la contingencia de lo político”, Doxa, N° 26, Alicante, 2003.
- ASÍS ROIG, RAFAEL “Modelos teóricos del estado de Derecho” Doxa N° 22, Alicante, 1999.
- BECK, ULRICH “La invención de lo político” FCE Buenos Aires, 1999.
- CANOSA USERA, RAÚL en “Interpretación constitucional y fórmula política” Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1988.
- CASÁS JOSÉ OSVALDO “Los principios del Derecho Tributario” intervención del autor en el Simposio “Los principios jurídicos: teoría y aplicación a las ramas del derecho” Buenos Aires, 10 y 11 de septiembre de 1999.
- CRICK, BERNAD, “En defensa de la política” Criterio Tusquets España 2001.
- CROUCH, COLIN, “Posdemocracia” Taurus, Madrid, 2004.
- DÍAZ, ELÍAS “Estado de Derecho y Sociedad democrática” Taurus, Madrid, 1978.
- DWORKIN, RONALD “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en “Democracia deliberativa y derechos humanos” HAROLD HONGJU KOH Y RONALD C SLYE compiladores, Gedisa editorial, Barcelona, 2004.
- FIORAVANTI, MAURIZIO “Los Derechos Fundamentales” Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- “Constitución de la antigüedad a nuestros días” Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- EVANS, PETER “El Hibridismo como estrategia administrativa: combinando la capacidad burocrática con las señales de mercado y la democracia deliberativa” Revista del CLAD “Reforma y Democracia” N° 25, febrero 2003, Caracas.
- GARGARELLA, ROBERTO “La justicia frente al gobierno” Ariel, Barcelona 1996,
- “Nos los representantes” Ciepp Miño y Dávila Buenos Aires, 1995.
- GÉHENNO, JEAN MARIE “El fin de la democracia” Paidós, Barcelona, Buenos Aires, 1995
- GRÜN, ERNESTO “La Crisis Del Sistema Jurídico-Político Argentino Desde Un Enfoque Sistémico Y Cibernético (Ii)” Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002.
- HELLER, ÁGNES, FEHÉR, FERENC “El Péndulo de la Modernidad” Península, Barcelona, 1994.
- HELLER, HERMANN, “Teoría del Estado” FCE México, 1947,

HIERRO, LIBORIO L. “Igualdad, Generalidad, Razonabilidad y crisis de la ley” Doxa N° 26, Alicante, 2003.

HERNANDO, EDUARDO en “Entre la excepción y la regla. El decisionismo jurídico frente a la Escuela de Frankfurt” Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía, N° 14 abril, Alicante, 2001.

KELSEN, HANS “Esencia y valor de la Democracia” Editorial Labor Madrid, 1933.

KRIELE, MARTÍN “Introducción a la teoría del Estado” Depalma, Buenos Aires, 1980.

LAPORTA, FRANCISCO, “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz, Doxa N° 15-16 alicante, 1999.

----- “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley” Doxa N° 22 Alicante 1999.

LIFANTE VIDAL, ISABEL “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” Doxa 25, Alicante, 2002.

MacCormick, Neil “Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas” Doxa N° 6 Alicante, 1989.

MOUFFE, CHANTAL “La Paradoja Democrática” Gedisa, Barcelona, 2003.

NINO CARLOS “El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia” en Nino et al “El presidencialismo puesto a prueba” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995.

----- “Crisis y renovación en el Derecho Público” Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

PRATS, JOAN “Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo” pdf. - Instituto Internacional de Gobernabilidad Barcelona, 2005 url www.iigov.org accesible diciembre 2009.

PRIETO SANCHÍS LUIS “Ley, Principios y Derechos” Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

RAWLS, JOHN “*Liberalismo Político*” Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de Política y Derecho, México, 2003.

SARTORI GIOVANNI, “Partidos y Sistemas de partidos. Marco para un análisis” Vol I. Alianza Editorial SA, Madrid, 1987.

----- “Teoría de la democracia 1.El Debate contemporáneo”, rei argentina, Buenos Aires, 1990.

SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD; “La teoría General del Derecho Administrativo como sistema” Marcial Pons, Madrid, 2003.

SERRAFERO, MARIO “Exceptocracia” ¿Confín de la democracia? Lumiere, Buenos Aires, 2005.

SOSA SANTOS DE, BOAVENTURA “Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia” Vol I Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

----- “De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad” Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, 1998.

----- “La transición postmoderna: Derecho y política”, Doxa N° 6, Alicante, 1989.

VALLESPIN, FERNANDO “El futuro de la política” Taurus, Madrid, 2000.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS “Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho” Dykinson, Madrid. 2018.

----- “Teoría crítica del Derecho desde América Latina” Edicionesakal México. 2017

WOLIN, SHELDON, “Política y Perpectivas” Amorrortu, Buenos Aires, 1974.

Zagrebelsky, Gustavo “El Derecho Dúctil” Editorial Trotta, Madrid, 1999.