

Maino, Carlos A. G.

¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?: pervivencia del rule of law en épocas neoconstitucionales

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 2, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Maino, C. A. G. (2014). *¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones? : pervivencia del rule of law en épocas neoconstitucionales* [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 2.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/gobierno-jueces-instituciones-maino.pdf> [Fecha de consulta:.....]

¿GOBIERNO DE LOS JUECES O GOBIERNO DE LAS INSTITUCIONES?

Pervivencia del *rule of law* en épocas neoconstitucionales

CARLOS A. G. MAINO¹

El trabajo aborda el gobierno de las instituciones como una alternativa superadora del activismo judicial producto de la visión neoconstitucionalista del orden social.

1. ANOMIA Y GOBIERNO DE LOS JUECES

El sistema jurídico occidental, en especial en su versión latinoamericana, ha puesto en el centro de la escena al Poder Judicial. De este modo se produjo un distanciamiento del modelo norteamericano,

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor con dedicación especial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina en la que imparte materias del área de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, y del Doctorado en Ciencias Jurídicas. En la misma Facultad es secretario ejecutivo de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, y miembro del Centro de Derecho Constitucional. Profesor adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

pues se abandonó el control constitucional negativo o restrictivo para dar lugar a un juez débilmente vinculado a la ley y fuertemente vinculado a la Constitución.

Desde este lugar, ganado a socavo de las funciones de los otros dos poderes del Estado, los jueces podrían implementar en forma directa y positiva políticas o decisiones que aseguren el efectivo cumplimiento de los derechos establecidos por la Constitución textual o contextualmente, lo que se denomina *gobierno de los jueces*.

El constitucionalismo clásico se asentaba sobre el fundamento sólido de la Constitución, no en vano llamada *petrea*, y la ley como expresión de los procesos políticos mayoritarios igualmente sólidos y contundentes. Pero nuestras sociedades actuales se caracterizan por su refractariedad a todo aquello que se presente como sólido, absoluto, certero. Las ideas categóricas y los compromisos permanentes son rechazados, pues representan manifestaciones violentas para la sensibilidad de los espíritus posmodernos que las conforman. El neoconstitucionalismo es un sistema que se adecúa a la liquidez propia de la sociedad posmoderna.

En efecto, nuestras actuales sociedades occidentales han sido denominadas *sociedades líquidas*². La inseguridad parece ser el signo de la organización social posmoderna: con sus cámaras por todos los rincones de las ciudades, sus barrios cerrados y el consiguiente debi-

2. El concepto ha sido acuñado por el sociólogo polaco, Zygmunt Bauman, quien sostiene que estas sociedades están caracterizadas por el cambio permanente. En efecto, en ellas “los logros individuales no puede solidificarse en bienes duraderos porque los activos se convierten en pasivos y las capacidades en discapacidades en un abrir y cerrar de ojos. Las condiciones de la acción y las estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y son ya obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera la opción de conocerlas adecuadamente. [...] En resumidas cuentas, la vida líquida es una vida precaria y vivida en condiciones de incertidumbre constante. [...] La vida líquida es una sucesión de nuevos comienzos, pero, precisamente por ello, son los breves e indoloros finales –sin los que esos nuevos comienzos serían imposibles de concebir– los que suelen constituir sus momentos de mayor desafío y ocasionan nuestros más irritantes dolores de cabeza. Entre las artes del vivir moderno líquido y las habilidades necesarias para practicarlas, saber librarse de las cosas prima sobre saber adquirirlas”. BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, Paidós, Buenos Aires 2009, págs. 9 a 10.

litamiento de la vida social. En este contexto se enmarca el desprecio a la ley o *anomia* en la que está sumida nuestra sociedad como vicio crónico. La anomia es “la falta o inadecuación de normas, objetiva o estructural, subjetiva o psicológica, total o parcial, máxima o mínima, especificada por su objeto o ámbito social (religiosa, ética, política, jurídica –en las diversas ramas del derecho–, económica, ‘conyugal’, familiar)”³.

En nuestro país y en el ámbito estrictamente jurídico, este fenómeno global tiene un buen ejemplo en la *teoría del realismo jurídico-penal marginal*, de Eugenio Zaffaroni, llamado también *garanto-abolicionismo*. Se trata de un exponente del *nihilismo jurídico* que reina en las sociedades líquidas y la tremenda confusión conceptual respecto de la ley y las instituciones del Estado democrático: sostiene que hacer cumplir la ley penal es incompatible con la salvaguarda de los derechos humanos⁴.

La profesora Cohen Agrest explica que estas posturas se fundamentan en la idea de que “la dogmática del derecho legitima el estado de cosas de manera tal que funciona como un elemento reaccionario para obstaculizar los cambios que deben operarse en la sociedad. La deslegitimación del sistema penal vigente sería entonces un paso histórico obligado, porque dicho sistema es ineficaz o bien, en el mejor de los casos, posee una eficacia social paradójal: según piensan, causa más violencia que la que previene, principalmente a través de los abusos represivos y de las prisiones preventivas [...]. A juicio del realismo

3. MEDRANO, José María, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012, pág. 68.

4. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pág. 152. El garanto-abolicionismo se encuentra elocuentemente descrito por una de sus víctimas, la filósofa argentina, Diana Cohen Agrest, al sostener que en realidad se invierten los roles nacidos de las teorías contractualistas modernas según las cuales el ciudadano delegaba su poder en el Estado a cambio de que este garantizara su protección, pues ahora el ciudadano debe ser protegido del Estado que es el verdadero autor de todos los crímenes. Cf. COHEN AGREST, Diana, *Ausencia perpetua*, Buenos Aires, Debate, 2013, pág. 120. (Un hijo de Diana Cohen Agrest, Ezequiel Agrest, de 26 años, fue asesinado en 2011 durante un asalto en el barrio de Caballito, Capital Federal. La autora es Doctora en Filosofía por la UBA y Magíster en Bioética por la Monash University de Australia).

jurídico-penal marginal, si solo se persigue el delito y se omite la estructura de poder en cuyo marco el delito se produce y es castigado, se olvida que el causante de todos los males es el Estado que se vale de su poder policíaco, y se pasa por alto que 'no se puede explicar el delito sin analizar el aparato de poder que decide qué define y qué reprime como delito'⁵. En contrapartida, la función genuina del derecho penal consiste, según sostiene el garanto-abolicionismo, en poner obstáculos al poder punitivo del Estado, el verdadero mal que hay que controlar y combatir"⁶. De este modo, en Argentina, generaciones enteras de juristas han sido educadas en el criterio de que el fin verdadero del derecho penal es poner obstáculos al poder punitivo del Estado, y con esa formación han llegado a fiscalías y juzgados. La confusión conceptual parece inundarlo todo.

Pero la inseguridad ciudadana y la delincuencia son solo un ejemplo de un estado general de corrupción enquistada culturalmente en nuestros países, caracterizada por el desapego a las leyes, frecuentemente ignoradas y quebrantadas⁷. El problema de la anomia y la *liquidez* de las leyes –es decir, su variación, ambigüedad y aplicación selectiva– es estructural y abarca todos y cada uno de los aspectos de la vida social. De hecho, se la considera la causa de la pobreza y la falta de prosperidad en los países subdesarrollados: la *anomia* es la principal generadora de pobreza del mundo⁸. Andrés D'Alessio ha comparado el crecimiento del producto bruto argentino durante los períodos 1880-1930 y 1930-1980. En los primeros cincuenta años, el respeto a la ley y a las instituciones establecidas habría alcanzado en Argentina un

5. La cita es de ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 125. Obsérvese que se trata de un manual que leerán y estudiarán alumnos de grado de las Facultades de Derecho.

6. COHEN AGREST, Diana, *Ausencia perpetua*, ob. cit., págs. 122 y 123.

7. Para el problema de la anomia cf. NINO, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1993.

8. Acemoglu y Robinson dan cuenta a través de un extendido estudio a lo largo de la historia y a la geografía del globo, de la relación existente entre la prosperidad de los países y el imperio de las instituciones. ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Ariel, 2013, pág. 449.

nivel semejante al de los demás países desarrollados (con las salvedades que corresponden) y la tasa de crecimiento anual giró en torno al 5 %, mientras que en el segundo medio siglo estudiado –con seis golpes de Estado incluidos–, la tasa de crecimiento del producto bruto nacional apenas se ubicó en terreno positivo con un 0.7 % anualizado⁹.

2. ¿ESTADO DE DERECHO O IMPERIO DE LAS INSTITUCIONES?

Lo que he traducido por *imperio de las instituciones* es lo que en el ámbito del *common law* se denomina *rule of law*. He optado por esta expresión en vez de *Estado de Derecho*, pues ella ha sido utilizada para señalar distintas formas de organización política en los últimos doscientos años, algunas de las cuales pervierten el concepto original. Ello es así porque el *rule of law* va más allá de un mero cumplir con la ley. En efecto, es necesario distinguir el *rule of law* del *rule by law*, es decir, de la aplicación de la ley y del principio de legalidad. Este *imperio de las instituciones* consiste en instituciones políticas y jurídicas en las que la participación ciudadana es amplia y apoyan una organización política pluralista en la que prevalece el respeto mutuo y la idea de bien común. De acuerdo a este concepto, puede considerarse justa una organización social en la medida en que distintos grupos sociales con suficiente representación tienen voz y voto en las decisiones, y siguen ciertos criterios generales comunes en los que se basa la amistad política.

La noción de *gobierno de las instituciones* que he elaborado tiene cuatro notas esenciales, a saber:

- a. previsibilidad e igualdad en el trato de personas y situaciones iguales,
- b. participación política en la creación de las normas y en la gestión de la cosa pública,

9. Cfr. D'ALESSIO, Andrés J., "El acatamiento del derecho y el desarrollo en América Latina (acerca de una función del derecho que suele olvidarse)", en *Estado de Derecho y democracia*, SELA 2000, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pág. 9.

- c. un contexto político pluralista y de respeto mutuo,
- d. reconocimiento de un criterio de bien común como fin político y de orden natural como límite de las iniciativas políticas.

Lo contrario a esta alternativa es el derecho del más fuerte, sea el más fuerte aquel que controle al congreso, al ejército, a los sindicatos, a los medios de comunicación, a las organizaciones sociales no institucionales de estructura clientelar, al poder económico o a una combinación de estos.

Un elemento indispensable de la noción de *rule of law* es la *previsibilidad*, como señala Garzón Valdés, “el dominio de disposiciones generales (leyes) que aseguran la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano al establecer el carácter deóntico de los actos del hombre”¹⁰. Esta necesidad de previsibilidad se funda en la debilidad del espíritu humano de la que todos los autores clásicos toman registro. Está presente en Platón y Aristóteles, pero también en autores de la modernidad, como Hobbes, Locke y Kant. Este último acuña la idea de la *sociabilidad asocial* [*ungesellige geselligkeit*] para describir esta idea: “El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios [...] y el problema se formula así: ordenar la muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aún cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones”¹¹.

En relación con este párrafo, Garzón Valdés sostiene que el *rule of law* es la garantía de seguridad colectiva y de igualdad de tratamiento de personas y actos iguales, y de este modo estaríamos librados de la arbitrariedad del gobierno. Ciertamente la igualdad y ausencia de dominación constituye una nota esencial de cualquier sistema político

10. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *What is wrong with the rule of law?*, en *Estado de Derecho y democracia*, SELA 2000, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, ob. cit., pág. 72.

11. KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 38.

republicano¹². Ian Shapiro sostiene que una de las notas fundamentales de la democracia es justamente la ausencia de dominación, y que en ello confluyen democracia y justicia, pues “las explicaciones más convincentes de ambos ideales implican compromisos con la idea de ausencia de dominación. [...] El reto es dar con maneras de limitar la dominación y minimizar a la vez las interferencias con las jerarquías legítimas y las relaciones entre poderes”¹³.

Ello no es suficiente, pues la previsibilidad e igualdad son requisitos necesarios para alcanzar la seguridad y la justicia, pero de ningún modo suficiente: podríamos estar frente a un mero gobierno legislativo, el viejo *Estado de Derecho* decimonónico, permeable a los más radicales totalitarismos. A este respecto Gustavo Zagrebelsky recuerda que “no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como ‘Estados de Derecho’. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto ‘legal’, enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la ‘restauración’ –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización– del Estado de Derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social”¹⁴. Para lograr esto, se reducía el concepto de *rechtsstaat* a una noción meramente formal, desvinculada del liberalismo que le daba fundamento. Curiosamente Carl Schmitt inicialmente se opuso a asociar al Estado nacio-

12. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 163 y sigs.

13. SHAPIRO, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*, Madrid, Marcial Pons, 2011, págs. 269 a 270.

14. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 22.

nalsocialista con el *rechtsstaat* burgués, para luego aceptar la tesis de la continuidad pero sin darle ningún significado constitucional¹⁵.

Ciertamente el concepto de Estado de Derecho es tan amplio que ha cobijado y continúa cobijando muy distintas realidades constitucionales, pero aún en sus vertientes más aceptadas –el Estado *liberal* de Derecho y el Estado *social* de Derecho–, siempre nos encontramos con una realidad muy diferente del *rule of law*, diferencia que se encuentra en su misma génesis. Zagrebelsky recuerda que el Estado de Derecho tiene como principal elemento constitutivo el principio de legalidad, es decir, la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no es oponible ningún otro derecho. Esta concepción parlamentaria del gobierno y de la autoridad fue el principal instrumento jurídico para la suplantación de la tradición jurídica del *Ancien Régime*, reduciendo todas las fuentes de derecho a la ley. Se lograba de este modo la centralización del poder político del Estado moderno, perpetuando una concepción absolutista del Estado. Se suplantó al absolutismo regio por el parlamentario¹⁶.

El *rule of law*, en cambio, es producto del lento proceso desarrollado sin pausa en Inglaterra desde la *Revolución Gloriosa*, en el que no se buscó suplantarlo por otro, sino más bien reemplazar la misma idea de poder absoluto por la de un sistema jurídico-político

15. El impacto de las ideas de la Revolución Francesa en los reinos y ducados alemanes terminó alumbrando al Estado de Derecho, que estaba concebido en función de la unidad de la sociedad política alemana en un Reich. Es decir, de lograr la unificación de todos aquellos que tenían una cultura alemana común en una democracia. Pero cuando luego el *Rechtsstaat* fue exportado al resto de los países, estos lo recogieron en una versión abstracta y formal, separada de la cultura que le dio origen y coherencia interna. A través de esta transformación, el Estado de Derecho “presupone una identificación entre justificación de la actividad estatal y legitimidad legal, estos es, que la primera solo puede ser regida por leyes y ejercida de conformidad con la última. La voluntad del soberano estatal se impersonaliza en el acatamiento a la generalidad de la ley. La teoría política se comprime a teoría del Estado y la teoría jurídica a teoría de la legalidad, y ambas acaban confundándose”. BANDIERI, Luis María, *La matriz iuspublicista romano-latina en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Universitarias Ego Ipse, 2010, pág. 115.

16. Cf. *ibídem*, pág. 24.

complejo, el *common law*¹⁷. El parlamento inglés se constituyó no en un poder absoluto reemplazante del regio, sino en un órgano tutelar de los *privilegios y libertades* de los ingleses; un órgano más jurisdiccional que legislativo, pues su origen es el de una instancia de consulta del rey para mejorar el derecho existente cuando este arrojaba malos resultados. Este procedimiento no estaba en la antípoda del modelo judicial, pues “en ambos casos regía la exigencia del ‘due process’, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer sus propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente”¹⁸.

Los criterios utilizados para la *extracción* del derecho de los casos concretos han sido: *circumstances, conveniency, expediency, probability*, no se trató de una deducción a partir de un *primum verum* racional e inmutable, sino un ejercicio inductivo a partir de casos concretos, mediante *challenge and answer, trial and error*. Por lo tanto, no había en el parlamento una clara distinción entre la actividad judicial y la legislativa, siendo esta producto de la primera, al modo de un tribunal de justicia medieval¹⁹. Por el contrario, en el caso del Estado de Derecho, en sus distintas variantes, estamos en presencia de un poder (Legislativo) que decide unilateralmente, cuya formulación es cerrada y concluyente, al modo de un sistema cerrado desentendido de los casos concretos. Incluso ha tenido una formulación vacía que le permitió albergar hasta totalitarismos contrarios al liberalismo que lo alumbró constitucionalmente. Esta concepción, expandida por todo occidente, especialmente en el ámbito continental, arrojó resultados inaceptables para la reflexión jurídico-política de la segunda posguerra. Ofrezco a guisa de ejemplo el debate entre H. L. A. Hart y Lon Fuller publicado en la *Harvard Law Review*, en 1958, acerca de si el ordenamiento

17. El vocablo *law* en las expresiones *rule of law* y *common law* no hace referencia a la ley como voluntad política soberana (sea legislativa o no) sino más bien a un *producto de la justicia*.

18. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 26.

19. KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 146.

jurídico alemán de la entonces República Federal Alemana estaba en condiciones de perseguir penalmente actos atroces cometidos durante el período nacionalsocialista pero que estaban autorizados o incluso ordenados por las leyes vigentes en ese tiempo. La existencia misma y los términos del debate demostrarán que el positivismo jurídico ya tenía en 1958 su partida de defunción extendida²⁰.

3. LA POLÍTICA: EL ESLABÓN PERDIDO DEL ESTADO

Dalmacio Negro, al teorizar sobre la necesaria distinción entre *Gobierno* y *Estado*, sostiene que en este proceso de establecimiento del *Estado de Derecho* se confunde al *Gobierno* con el *Estado*, y que el *rechtsstaat* se constituye como algo interpuesto entre el *Gobierno* y el orden natural, de modo que se obligase al *Gobierno* a conducirse con arreglo al derecho, gobernando con moderación. Pero de ese modo se fue perdiendo de vista *lo político* o identificándose con la estatalidad, siendo el *Estado de Derecho* no solo un artificio creado mediante leyes, sino un artificio que somete todos los conflictos a su legalidad²¹. Esta pérdida de *lo político* se aprecia diáfananamente en el positivismo de matriz kelseniana, y es lo que quedará del viejo *Estado de Derecho* en el nuevo *Estado constitucional*.

En ese contexto es que ha ido cobrando vigor, en movimiento pendular, la idea de que el Poder Judicial debe ocupar un nuevo papel en la constitución política de las naciones y aún de los organismos supranacionales, con una vinculación débil a la ley. Esta sería una de las principales características del actual *Estado Constitucional*, en el que la ley ha perdido la supremacía que ostentara otrora. En efecto, la ley no posee ya las características de generalidad y abstracción, y se ha vuelto la expresión de la existencia de una gran cantidad de grupos y estratos sociales que participan del *mercado de las leyes*, dando lugar

20. Sobre la vigencia de este debate véase CANE, Peter, *The Hart-Fuller debate in the twenty-first century*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2010.

21. Cf. NEGRO, Dalmacio, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 31.

a una gran cantidad de leyes sectoriales²². Esta pugna de sectores antagónicos en total ausencia de un horizonte de bien común en el que hacer descansar la amistad política, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses perseguidos por la ley y a su falta de coherencia intrínseca. Ya no es el Estado, a través de la ley, quien pone fin a los conflictos de valores que hay en la sociedad, sino que es la misma ley estatal un instrumento de enfrentamiento social, es la arena donde se desarrollan. De ahí que las leyes actuales, para poder alcanzar el consenso que necesitan, son contradictorias, caóticas, oscuras y expresan la idea de que todo es negociable²³. La ley queda entonces en una situación de *liquidez*, en el sentido que Bauman da al término, es decir: *precaria, incierta, cambiante*.

Por lo tanto, los jueces ya no pueden circunscribirse a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, pues la ley no tiene la última palabra. Y la política, expresada en los *poderes políticos*, tampoco la tiene, por lo explicado más arriba. La última palabra es de los jueces, que resolverán según la interpretación igualmente *líquida* de la Constitución y de las Convenciones Internacionales. El peligro para la democracia es ostensible: cuando las mayorías no pueden tomar decisiones respecto de un proyecto político concreto, sin atravesar primero el *nihil obstat* de la Corte Constitucional y los tecnócratas, estamos en presencia de un régimen que no puede ser considerado democrático²⁴. Incluso se ha llegado a afirmar que el *neoconstitucionalismo* sacrifica la democracia por los derechos²⁵.

22. La creación de la ley a la manera de un contrato en el que participan distintos sectores antagónicos hace que prevalezca la ocasionalidad y el cambio por sobre la generalidad tanto material como temporal. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 36.

23. Según Gustavo Zagrebelsky, la manera que tienen los Estados de superar esta situación de caos legislativo actual es a través de la Constitución, que impone un derecho por sobre la ley y por sobre el legislador. Se pone *derecho sobre derecho*. Cf. *ibíd.*, pág. 37 y sigs.

24. VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 71.

25. PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 247.

Así, frente al (posible) autoritarismo del gobierno de la mayoría del Estado de Derecho, se yergue el (aún más posible) autoritarismo judicial. Pues como sostiene Richard Bellamy, toda decisión será siempre polémica y afectará a una cantidad de personas que no estará de acuerdo; pero un procedimiento en el que las distintas perspectivas pueden expresarse, en un contexto de respeto mutuo, donde hay ámbitos de búsquedas de integración y consenso, y que posibilite que las decisiones sean modificadas cuando haya que tener en cuenta nueva información o cambien las circunstancias, encontrará siempre una mayor aceptación de la comunidad que dejar la decisión en manos de unos pocos hombres, que no tienen representación política, ni son directamente responsables de su ejecución como son los jueces. Y luego aclara: “Por supuesto, el proceso político no es perfecto. Pero tampoco lo es el judicial. De hecho ya hemos visto que sufre de alguna de las mismas dolencias. Se acepta tan solo en sociedades pluralistas en las que, dado el carácter poliárquico y pluralista de las relaciones sociales, es improbable la tiranía de la mayoría; y es tan efectivo cuando se trata de defender la mayoría frente a la minoría como cuando no hay mayoría consistente. Y [...] pone en riesgo tanto la integridad del proceso legal como la del democrático”²⁶.

Por otro lado, en la efectivización de la Constitución y los derechos, los jueces tienden a soslayar los hechos y la realidad concreta en la que aplicarán sus decisiones. Cualquier resistencia factual a las decisiones de los jueces es considerada un atentado a la democracia. En realidad, la generación de las condiciones de aplicación del derecho corresponde más bien a la política. Los jueces tienden a negarse a sí mismos el hecho inevitable de que la realidad fáctica condiciona la aplicación del derecho. En el neoconstitucionalismo el derecho y la moral se confunden, y cuando el derecho se identifica con la moral, adquiere la incondicionalidad de esta²⁷. Barzotto pone como ejemplo

26. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, ob. cit., pág. 67.

27. Para la confusión entre derecho y moral en el neoconstitucionalismo me remito a MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Derechos humanos y Estado constitucional: desafíos actuales. Neutralidad estatal, paneticismo y activismo judicial”, publicado en *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, coordinado por George

el caso de derechos que requieren para su efectivización importantes consideraciones de orden económico-financieras: “El normativismo neoconstitucionalista lleva a interpretar la quiebra financiera del Estado como un hecho colateral irrelevante en las consideraciones puramente morales que deben orientar el raciocinio del jurista en la efectivización de derechos sociales. No es difícil ver dónde termina este tipo de postura: la plena aceptación de las consecuencias de la tesis ‘fiat iustitia et pereat mundus’. Para el neoconstitucionalismo, la Constitución es un pacto suicida”²⁸.

Si alguna virtud tuvo el positivismo jurídico fue la de rescatar la dimensión formal e institucional de lo jurídico²⁹. Este aspecto positivo, acaso el único del positivismo teórico, es el que el neoconstitucionalismo se encarga de destruir. Y acaso el peor de los resultados del positivismo, que es la pérdida de la política, es lo único que sobrevive. Se trata de una combinación explosiva: pérdida de *lo institucional* y pérdida de *lo político*, el resultado es la anarquía. De hecho, el producto de esta concepción constitucional es la desorganización administrativa del Estado, la desnaturalización de la función legislativa, el vaciamiento de la noción de derecho, y la sensación común de encontrarnos todos sometidos a la más cruel ley de la selva, próximos a la disgregación social.

Salomao Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Salvador de Bahía, Editora Podium, 2012, págs. 143 a 170.

28. BARZOTTO, Luis Fernando, “Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, en *Retos del derecho constitucional*, Astrea-Universidad de la Sabana, en prensa.

29. Tomás de Domingo recuerda que el positivismo jurídico teórico contenía un núcleo de verdad: el elemento institucional o formal del derecho, y agrega: “Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, parece también claro que la preocupación por lograr una convivencia basada en unos principios justos no debe conducir a ignorar o desprestigiar esa dimensión formal o institucional, que está presente en la realidad del derecho y resulta, por tanto, inexcusable en cualquier descripción del derecho que pretenda reflejar seriamente dicha realidad, y que contribuye además de forma decisiva a realizar valores importantes”. DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución”, en *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Ed. Universidad, 2006, pág. 355.

4. LA POLÍTICA COMO SALVAGUARDA DEL GOBIERNO DE LAS INSTITUCIONES

Ha sido un lugar común el caracterizar al *rule of law* como un producto del liberalismo político. De hecho, su surgimiento histórico a partir de la *Glorious Revolution* y el desarrollo que le han dado –y le siguen dando– los autores contractualistas y neocontractualistas parecieran abonar esta postura. No obstante considero que es necesario que realicemos el destete del *imperio de las instituciones*, no solo del liberalismo sino de cualquier otra ideología, y planteemos la hipótesis de que se trata de una organización constitucional esencialmente justa, y respetuosa del orden natural de las cosas, en el contexto de la modernidad tardía.

Hannah Arendt afirmaba que la modernidad occidental ha considerado a la de emanciparse de la política como una de las libertades básicas, pero con ello se pierde el compromiso específico e irremplazable que debería formarse entre el individuo y sus prójimos³⁰. Solo la recuperación de la política nos permitiría allanar en cierto grado el individualismo disgregante, causa de la anarquía y la inseguridad que vivimos. Los ciudadanos tenemos que poder discutir y participar en la determinación de lo que es más justo y mejor para nuestra comunidad política. Como afirma Sandel: “No se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad o garantizar la libertad de elección. Para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado de la vida buena y crear una cultura pública que acoja las discrepancias que inevitablemente surgirán”³¹.

La propuesta que Bellamy denomina *constitucionalismo político* también va en esa dirección. Indudablemente que el *rule of law* no puede garantizar al *rule of law*, la salvaguarda del *gobierno de las instituciones* está en otro lado. Ciertamente no puede estar en el principio de legalidad, porque la ley puede ser arbitraria; y tampoco puede estar en el gobierno de los jueces que de hecho también puede caer en arbi-

30. Ibídem, pág. 171. Cita de ARENDT, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona, Gedisa, 1990.

31. SANDEL, Michel, *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011, pág. 295.

triedad. Todo ello son condiciones favorecedoras de la salvaguarda que está en manos de los ciudadanos, en la medida en que constituyan una sociedad pluralista en la que los diversos grupos tengan un poder de negociación aproximado, que compense las desigualdades producto de las asimetrías de poder.

Desde esta perspectiva, la justicia surge de un cierto equilibrio de poder donde el papel de los tribunales consistirá en recibir las leyes resultantes del proceso que el gobierno de las instituciones supone, y aplicarlas al caso concreto de un modo imparcial. No se espera de ellos que ejerzan la discrecionalidad judicial de un modo más sabio, como si se tratara de un individuo ajeno a la sociedad en la que vive o que tuviera facultades especiales en relación con los demás ciudadanos. El límite de su parcialidad está en su vinculación a la ley y en su necesidad de argumentar a través de ella de un modo comprensible para la comunidad³².

En definitiva siempre estaremos gobernados por seres humanos, que ostentarán distintas funciones en las instituciones políticas. Resulta de evidencia histórica que no existe una Constitución que pueda prevenir perfectamente la arbitrariedad e incluso el totalitarismo, en especial cuando un amplio porcentaje de la sociedad avala o es indiferente a tales prácticas. Una gran parte de los autores occidentales desde la *Revolución Francesa* hasta el presente ha caído en la utopía inmanentista de querer descubrir la piedra filosofal de la Constitución que evite estos desórdenes, a través del establecimiento de una organización político-jurídica perfecta, que asegure el bienestar de todos y la prosecución del bien común en un contexto de libertad.

Quizás el último de estos intentos entre nosotros sea el del *neoconstitucionalismo*, y el razonamiento mágico que presupone el creer que los jueces y la Constitución pueden traer la *paz perpetua* a nuestras sociedades. La cotidianeidad demuele cruelmente estas esperanzas, sin perjuicio de la incoherencia intrínseca de esas ideas. Antes todo lo contrario, con estas ideas se pierde la dimensión institucional y formal del derecho, la previsibilidad y certeza en la vida común, el orden y

32. Incluso Bellamy sostiene que el mejor sistema compatible con el *rule of law* es la analogía. Cf. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político*, ob. cit., pág. 101.

la paz entre los distintos miembros y grupos sociales, la unidad y coherencia en la gestión de la cosa pública; a la vez que se promueve un mayor individualismo disgregante de la necesaria amistad política, y un relativismo que impide la sana discusión política y el acuerdo respecto de las necesidades y objetivos que la comunidad política debe establecerse.

Pero si este no parece ser el camino, y si bien no hay ninguno infalible que logre una organización constitucional paradisíaca, no es menos cierto que debemos entregarnos a buscar aquella que sea *más adecuada* teniendo en cuenta a un mismo tiempo las características de la sociabilidad posmoderna, y los imperativos antropológicos universales que anidan en la naturaleza humana. Para esta empresa el que he llamado *gobierno de las instituciones* pareciera satisfacer estos anhelos, porque siendo de innegable *pedigree* occidental, es también favorecedor de un *ethos* en el que el orden, la paz, la participación ciudadana y el pluralismo pueden volcarse hacia una búsqueda genuina del bien común en respeto de la libertad y los derechos naturales de la persona humana.

Para que esta alternativa cobre vigencia, es un requisito ineludible la recuperación de *la política*, exiliada desde el positivismo jurídico de la cotidianeidad de la comunidad política. Merced a ella, la sociedad civil será un buen vigía de sus libertades y reglas de convivencia, a la vez que un preocupado investigador de lo mejor para la comunidad. Obviamente que en ello habrá error, disenso, intereses sectoriales que entrarán en pugna. ¡No hay que olvidar la debilidad del espíritu humano! Por eso, en la discusión política ciudadana, el uso público de la razón exigirá cierta objetividad –cristalizada en la ley– sobre la que llevar adelante la cosa pública. Por supuesto, ello requiere de *un pueblo*, es decir, una ciudadanía no disgregada, reunida en torno a un bien común reconocido como *bien* y como *común*, y que se encuentre ajustado al orden natural que lo legitima y sostiene en el tiempo. Lo que implicará, en última instancia, la prevalencia en el pueblo de un *ethos* que dé valor al orden, la paz, la libertad, al punto de no querer cercenarla en los otros, por temer perderla para sí mismos.

Ciertamente, es más razonable suponer que una Constitución permanece democrática porque la sociedad es esencialmente democrática, que pensar que una sociedad se mantendrá democrática por-

que su Constitución escrita así lo establece³³. En el mismo sentido, nuestro Arturo Enrique Sampay sostenía que “cuando el escepticismo se apodera del espíritu de los gobernados para apreciar un conjunto de leyes, más vale darle forma legal a la caducidad ya decretada. Una constitución para que esté en pleno vigor debe ser, como afirma Maurice Amós que es la inglesa, una religión sin dogma”³⁴.

33. Cf. DAHL, Robert, *A preface to democratic theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, pág. 143.

34. SAMPAY, Arturo Enrique, *La Constitución de Entre Ríos. Ante la moderna ciencia constitucional*, Paraná, Pradasi, 1936, pág. 12 [en la reimpresión facsimilar, *Ciencia Política y Constitución*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2011].

