

DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN

Alessandro Baratta*

1. Estado de derecho, derechos fundamentales y derecho judicial.

A pesar de su éxito, el principio del Estado de Derecho continúa siendo, sin embargo, uno de los más controvertidos de la ciencia jurídico-política moderna.

Posiblemente, la concepción del Derecho natural sea la única en este sentido equiparable a la del Estado de Derecho; por la riqueza de sus manifestaciones, la pluralidad de puntos de vista desde los que puede ser estudiada y el diverso contenido que se le ha asignado en el desarrollo histórico de las ideas jurídicas. Concepciones diversas acerca del "Derecho" y la "naturaleza" produjeron durante los siglos XVII y XVIII múltiples definiciones del Derecho natural. Y del mismo modo, como consecuencia de la Revolución Francesa y de la fundamentación kantiana de la moderna ciencia del Derecho, se ha ido delineando en los dos últimos siglos un modelo multiforme, un concepto rico y complejo en extremo de Estado de Derecho: concepciones diversas (científicas e incluso ideológicas) acerca del "Derecho" y del "Estado" han contribuido a determinar sus varios aspectos y significados.

Es interesante observar cómo en el concepto de Estado de Derecho convergen de forma singular posiciones ideológicas no sólo discrepantes, sino antitéticas. En relación con las corrientes ideológicas aparece la idea de Estado de Derecho vinculada al pensamiento liberal clásico (Locke, Kant, primeras obras de Fichte, Humboldt, B. Constant, etc.), aunque muchas veces no se la mencione de manera expre-

sa) al pensamiento liberal de la ilustración (Rousseau, Montesquieu), al tradicionalismo conservador que origina el nacimiento del *Reich* alemán (Gneist, Stahl) a la tradición del constitucionalismo inglés y del pensamiento liberal norteamericano, a la ciencia alemana del Derecho público (Jellineck, Mayer), a la democracia social (en sus manifestaciones jurídica y estatal), e incluso a algunas posiciones teóricas de marchamo netamente autoritario (ideología fascista de Panunzio o nacional-socialista de Lange). Asimismo, aparece vinculada esta fórmula a las ideologías neocapitalistas del "Estado de bienestar" y se habla, en este sentido, de Estado social de Derecho, el cual se diferencia del módulo clásico del Estado liberal de Derecho y constituye una etapa de un desarrollo cuya última meta es, el Estado democrático de Derecho, es decir, un Estado socialista que proporcione garantías legales y sustanciales de libertad (legalidad socialista).

No parece haber tenido éxito el intento de establecer una doctrina pura del Estado de Derecho libre de cualquier contaminación ideológica, neutral respecto a una tabla de valores políticos. Ha habido ciertamente quien ha colocado la esencia del Estado de Derecho en la distinción platónica entre gobierno de hombres y gobierno de leyes para indicar las características de un Estado en el que la actividad de los órganos está legitimada por la ley y en el que la ley garantiza la esfera inviolable de la libertad de los ciudadanos. Pero ¿Es suficiente la caracterización? ¿No existe en este caso el riesgo de hacer coincidir el concepto de Estado de Derecho con el de

* Universidad del Saarland, Saarbrücken (R.F.A.).

Estado moderno? La cualidad de jurídico, la conexión estructural con un sistema de reglas abstractas es una característica esencial del Estado y de la libertad moderna (Constant). Para el Estado y para la libertad moderna el Derecho es un elemento connatural a su estructura. El Derecho, como regla abstracta (ley), constituye el preludio de la delimitación impersonal de poderes en el interior del Estado-aparato y de la autonomía de los ciudadanos en el interior del Estado-comunidad; en este sentido, no es dable disociar el Estado moderno del Derecho y de la ley. Laband y Kelsen han intentado construir un modelo de Estado completamente depurado de cualquier idea socio-política. Kelsen identifica Estado y ordenamiento jurídico. Con la consecuencia de que Kelsen ha vaciado de todo contenido la expresión Estado de Derecho. Para Kelsen, desde un punto de vista meramente formal, todo Estado en cuanto tal (y, por tanto, toda la gama, muchas veces trágica, de variedades que en la época moderna ha asumido el moderno Leviatán) es —en cuanto ordenamiento jurídico— Estado de Derecho.

Una documentación filológica del diverso contenido que, primero en Alemania y más tarde en el resto de Europa, recibió la expresión "Estado de Derecho" por parte de las últimas generaciones de pensadores nos mostraría el esfuerzo de los representantes de las ideologías jurídicas y políticas más opuestas por reivindicar —para justificarse— el uso legítimo de la fórmula en su verdadero significado. Lo cual sólo se explica porque el principio se había convertido desde comienzos del siglo en un principio prestigioso, asociado a una valoración estimada positiva. Y esto, a su vez, demuestra que, a pesar de su generalidad, se ha venido depositando en el fondo de esta expresión —a través de un proceso inconsciente de filtración y selección— un cierto residuo común ideológico que no basta, es cierto, para individualizar los contornos de un sistema político, pero que acoge algunos de los aspectos más constantes de los ideales políticos que acompañan la historia del Estado moderno.

El origen y el carácter del Estado de Derecho son plenamente germánicos (como han sustentado con acierto Von Stein y Gneist); mas, cuando el citado proceso de absorción y europeización puede considerarse concluso, al finalizar el siglo pasado, corren paralelas una "historia interna", específica y típicamente alemana, y una "historia externa", más genéricamente europea, del mismo concepto. Las cuales, de ordinario, se superponen en una "communis opinio" a través de la cual se ha venido cristalizando un vago y elemental residuo ideológico, confiado a la transmisión científica de los tratadistas y

colocado actualmente en la cúspide de aquellos dogmas cuya plenitud axiológica es inversamente proporcional a su relación concreta con la historia y con la realidad política.

Esta forma, Estado de Derecho no es sólo lo que ha sido en el contexto político (de la formación del *Reich* en Alemania) en el que surgió y ejerció una función determinada como ideología jurídica, sino también un "mito" que, con independencia de tal función originaria, ha transformado y continúa haciéndolo —por obra de la idealidad unida al concepto de Derecho— el "estado de cosas" en el "Estado" o Estado de Derecho. El Estado de Derecho es, pues, la variante jurídica y, en cuanto a tal, quizá la principal variante del mito moderno del Estado.

No se puede dar una definición más precisa del concepto desde el plano histórico-político sin considerar detenidamente su historia *interna*. Cabe, sin embargo, otro tipo de investigación: la de analizar lo que queda aún subsistente del mito del Estado de Derecho. Análisis que puede contribuir a aclarar algunas constantes de su historia *externa*.

En el primer aspecto; la investigación histórico-filosófica lleva al resultado de modificar la opinión muy difundida de que con el marbete o rótulo de Estado de Derecho se podría identificar la entera tradición del pensamiento liberal europeo y norteamericano. De acuerdo con esta opinión, con la expresión alemana *Rechtsstaat* se identifica el mismo tipo de Estado o de ideal político que se evoca con la expresión inglesa *Rule of Law* o con la francesa *séparation des pouvoirs*. Ahora bien, es cierto que en su "historia externa" el Estado de Derecho se concreta, en último término, en los dos componentes esenciales de la legalidad —en el sentido de garantía de las libertades individuales— y de la división de poderes, entendido como principio de organización jurídica y delimitación de todas las funciones del estado (Carl Schmitt); pero también es verdad que en la forma con que en esta suerte de "communis opinio" el concepto alemán del Estado de Derecho absorbe la idea de la "Rule of Law" y de la "séparation des pouvoirs" se realiza una especie de unión hipostática ideológica y una abstracción conceptual, mediante la cual estos elementos pierden en buena parte su significado y alcance originario. Por ello únicamente pueden individualizarse si se hace abstracción de su parcial absorción en el mito del Estado de Derecho a través de una diligente reconstrucción de la tradición constitucional anglo-americana y de las concepciones políticas del iluminismo francés.

Constituye el núcleo común la idea de la *auto-limitación del Estado por medio del Derecho*; las divergencias se originan con motivo del fundamen-

to de la autoridad del Derecho: la *soberanía popular*, por medio de la ley, según modelos franceses (Mohl y Bähr), o la monarquía y las tradiciones jurídicas locales (Stahl, Gneist), de acuerdo con ejemplos ingleses que Gneist contraponía, no sin artificio, a los franceses.

A pesar de que haya entrado en el patrimonio ideológico europeo, la expresión Estado de Derecho ha encontrado general acogida fuera de Alemania únicamente en Italia y en España, por el influjo de la ciencia política alemana en estos países, mientras que en Inglaterra y en Francia se han consolidado, sobre todo, las expresiones "Rule of Law" y "división des pouvoirs", las cuales se hacen corresponder con *Rechtsstaat* en sentido lato, es decir, en su "historia externa". El resultado es que no aparecen claramente delimitados por los autores los confines entre el Estado de Derecho, Estado constitucional, Estado parlamentario y Estado liberal, a pesar de que algunos lo hayan intentado.

Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la *soberanía* imperante en estos países durante el liberalismo clásico. En Francia, la soberanía pertenece al pueblo. Por esto, Gneist consideró totalmente contrapuesta a la ideología alemana del Estado de Derecho la concepción francesa de la ley como expresión de la soberanía popular, instrumento, además, de garantía de la libertad individual entendida como autonomía (es menester observar que Kant está al respecto más próximo de los franceses que de ser precursor de la ideología alemana del Estado de Derecho). Desde este punto de vista, la teoría de la separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del Poder Legislativo —expresión de la voluntad popular— sobre el Ejecutivo y el Judicial. Tanto el Ejecutivo como el Judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las dos Cámaras y a la Corona. La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial.

Para el pensamiento alemán, por el contrario, la soberanía pertenece al Estado, el cual, sin embargo, se personaliza en el monarca, que es el verdadero habitante de ella. La versión jurídica idealista del problema político de la soberanía enmascara, pues,

la estructura autoritaria con que surge el *Reich*, mediante el equívoco —que continúa aún sin resolver— de la relación entre el poder personal del monarca (y de la aristocracia agraria, que no solo le apoya, sino que le condiciona al proporcionarle las clases burocrática y judicial) y las estructuras democráticas y representativas. Estas se reservan a la actividad del parlamento, que no constituye, empero, la suprema autoridad del Estado, sino que aparece condicionado por la monarquía, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el Poder Ejecutivo y Judicial, los cuales continúan firmemente retenidos en las manos de la nobleza agraria y de la burguesía industrial. Estos grupos disponen, pues, de medios para luchar contra los éxitos formales obtenidos en el parlamento por la clase obrera utilizando los recursos que ofrecía la cabeza de puente de la democracia social.

Aquí se encuentra la raíz política de la idea alemana de separación de poderes en la forma en que ésta se integra en el concepto de Estado de Derecho entendido en su "historia interna". La ideología jurídica alemana produjo una inversión en la jerarquía entre poder legislativo y judicial (a la que se vincula el origen de la idea de la separación de poderes) y una equívoca contraposición entre ley y derecho. Esta contraposición constituye la base del movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*) y de la teoría de la función del control judicial sobre la ley (*Prüfungsrecht*). Y se exterioriza también en la concepción del Estado de Derecho de Gneist, que rechaza la idea francesa de la soberanía de la ley para exaltar la fuerza de la tradición jurídica local y el papel de los jueces honorarios de extracción aristocrática, y de Bähr, que atribuye la máxima importancia no a la ley, sino al control judicial de la actividad del Estado. Con estas concepciones se inicia el proceso que terminaría por transformar cada vez más el Estado de Derecho en el ámbito de su historia interna, típicamente alemana, de un Estado legal (*Gesetzesstaat*) en un Estado judicial (*Richterstaat*).

Dos ideas fundamentales del pensamiento liberal clásico, la de los derechos o libertades fundamentales y la de la separación de poderes, reciben en el pensamiento alemán una significativa transformación en sentido jurídico-formal. Lo cual, unido a la contraposición entre "ley" y "derecho", ha permitido ampliar excesivamente el concepto del Estado de Derecho hasta permitir incluir en él un tipo de Estado como el nacional socialista, que constituía una clara antítesis de las premisas liberales clásicas.

Parte de los autores nacional-socialistas contrapusieron, en efecto, dos tipos de Estado de Derecho: el burgués (individualista) y el nacional y fascista. El

primero era simplemente un Estado legal. El segundo, el verdadero Estado de *Derecho* (Lange). Schweinichen llega a afirmar en este sentido que el Estado de Derecho es el ordenamiento en el que el Derecho no asume el carácter de limitación de la soberanía del Estado, significando, por el contrario, "una ordenada forma de dominio de acuerdo con el deber". Por medio de esta clase de razonamiento teórico, a través de una "mixtificación" moralizadora del Derecho, se llegó a hacer desaparecer todo tipo de limitación legal del poder.

Carl Schmitt se opuso a esta ampliación del concepto en una interesante polémica que sostuvieron los juristas afectos al nacional-socialismo. Él era el principal teórico del nuevo Estado autoritario imperante en Alemania, pero su agudeza jurídica le mostraba la imposibilidad lógica e histórica de incluir el Estado autoritario, fuese nacional-socialista o fascista, dentro del concepto de Estado de Derecho, cuyo surgir histórico no es fácilmente separable de la ideología individualista-liberal. La lúcida postura de Carl Schmitt —su polémica con parte de los juristas nacional-socialistas— merece ser citada como oposición a las falacias —no raras en los Estados fascistas— por parte de autores que pretenden de forma especiosa justificar una realidad política autoritaria y antiliberal con el prestigioso principio del Estado de Derecho. (En Italia pueden servir de ejemplo las concepciones que sostuvo Panunzio durante el fascismo).

En las Constituciones modernas el carácter del Estado de Derecho se origina según Schmitt, por la concurrencia del principio de organización y del principio de distribución. "El principio de distribución" —libertades fundamentalmente ilimitadas respecto a los ciudadanos; autoridad fundamentalmente limitada respecto al Estado— se concreta en una serie de derechos que se denominan fundamentales o derechos de libertad; el principio de organización se contiene en la doctrina denominada de la separación de poderes, que consiste en la división entre legislación, gobierno (administración) y jurisdicción o, con otras palabras, entre Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El principio de distribución presupone la delimitación jurídica de las relaciones entre el Estado y el ciudadano (cuya principal consecuencia lógica es el principio de la reserva legal). De acuerdo con este principio, toda limitación a la esfera de la libertad individual se puede establecer únicamente por medio de una ley.

La historia externa del concepto de Estado de Derecho, formulada de forma precisa por Schmitt, corresponde a la *communis opinio* de gran número de autores, los italianos incluidos. Puede bastar al

respecto la cita de Orlando, para quien Estado de Derecho es el Estado que "se autoimpone el freno de normas jurídicas capaces de moderar la acción de la autoridad pública de tal forma que se reconozcan y respeten los legítimos intereses de los súbditos". Maiorana sostiene una postura análoga, al estimar que "la principal exigencia del Estado jurídico, que reúne y comprende todas las restantes", es "la de reconocer, tutelar y garantizar los derechos individuales".

2. Los Derechos Fundamentales.

La teoría moderna de los Derechos Fundamentales responde en su origen a los postulados característicos del pensamiento político y jurídico de la ilustración, cuyos principios jurídicos racionales y naturales, que eran la base de la Revolución Liberal en Inglaterra y Francia, fueron codificados y positivizados. Desde este punto de vista no se puede separar la historia de los Derechos Fundamentales desde su expresión en las Constituciones modernas, la historia del Estado de Derecho, que también tiene sus orígenes sociales y políticos en la época de la ilustración.

En efecto, los Derechos Fundamentales representan uno de los dos pilares básicos que constituyen la base del sistema del Estado de Derecho moderno. El otro pilar es la Separación de los Poderes. Derechos Fundamentales y Separación de Poderes corresponden a los dos principios fundamentales: el principio de la Distribución y el principio de la Organización, que según la opinión mayoritaria forman el carácter del Estado de Derecho en cualquier Constitución moderna (Carl Schmitt).

El sistema de organización del Estado de Derecho moderno, es decir, la Separación de los Poderes, tiene su origen en las obras clásicas de Locke (véase especialmente el segundo Tratado de los "Two Treaties on Government" del año 1690) y de Montesquieu. En el noveno Libro de "L'esprit des lois" del año 1748, Montesquieu expone que ninguna libertad política se puede alcanzar "Si el Poder Legislativo o el Ejecutivo están unidos en la misma persona o en la misma entidad" y si "el Poder Judicial no está separado del Poder Legislativo o el Ejecutivo". La experiencia muestra, sigue exponiendo Montesquieu, que "toda persona que posea poder es propensa a abusar de él, llegando hasta donde encuentre límites" y por eso, "para que no se abuse del poder, es necesario que las condiciones estén reguladas de tal manera que el poder ponga límites al poder". El principio de la Separación de los Poderes contiene, en su expresión más amplia, la idea de que toda la actividad estatal está vinculada a la ley.

Esta idea tiene su origen tanto en el principio de la independencia judicial del Ejecutivo, el principio de legalidad de la Administración y de su control por el Poder Judicial, como de la distinción conceptual entre ley y acto administrativo con la primacía de la ley.

Es fácil reconocer que esta primacía de la ley, la superioridad del Poder Legislativo frente al poder estatal, desde el punto de vista teórico y funcional es esencial para los Derechos Fundamentales y su positivización en el moderno Estado de Derecho. Porque con el principio organizativo de la Separación de Poderes se exponen los motivos de importantes aspectos del principio de distribución, es decir, del arraigo constitucional de los Derechos Fundamentales, y el principio de distribución implica solamente a causa de una conexión con el principio de la Separación de Poderes, una definición jurídica de la relación entre Estado y ciudadanos, cuya consecuencia básica y lógica es el principio de reserva de ley. Eso implica que cualquier limitación de la esfera de libertad del ciudadano debe efectuarse por medio de una ley. Así pues, una restricción de la libertad no es posible llevarla a cabo sólo por medio de las actividades del gobierno y de la Administración del Estado.

Para comprender el origen y la teoría clásica de los Derechos Fundamentales de la ilustración, hay que encontrar su encuadre natural en la Teoría del Estado de Derecho y en el constitucionalismo de la ilustración con el que está relacionado.

Examinaremos brevemente cómo se desarrolló la positivización de los Derechos Fundamentales en el marco del Estado de Derecho moderno desde la ilustración. Lo que distingue las modernas declaraciones de los Derechos Fundamentales, desde un punto de vista jurídico-formal, en comparación con las declaraciones clásicas de los derechos en Inglaterra (piénsese en la "Magna Charta" del año 1215, en el "Hábeas Corpus" del año 1679 o en el "Bill of Rights" del año 1689), es el hecho de que en las modernas declaraciones no se trata de la distribución de privilegios a los nobles o a los ciudadanos por acuerdos o por leyes normales del Parlamento, sino que se trata de principios, que se deducen de una fuente del Derecho que es la superior del Ordenamiento Jurídico del Estado. Por ello, los derechos son reconocidos en el marco mismo de la función del Poder Constituyente. Tal reconocimiento es parte del acto de legitimación y fundación del nuevo Estado o de una nueva Constitución.

En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Estado de Virginia (12 de junio de 1776) es un prototipo de las

modernas declaraciones de los Derechos Fundamentales. Esta fue acompañada por las declaraciones de los otros trece Estados norteamericanos que anteriormente habían sido colonias inglesas.

Aunque estas declaraciones en cuanto a su contenido político, se orientan hacia la tradición inglesa del "Bill of Rights", su significado jurídico es nuevo, ya que está relacionado con la fundación constitucional de los nuevos Estados, independientes de la Madre Patria inglesa.

Los principios del "Bill of Rights" americano tenían una repercusión sobre la Declaración francesa de 1789, la cual estaba influenciada directamente por las experiencias americanas y a través de la intervención de Lafayette y Jefferson. Los mismos principios fueron recogidos en la Constitución del 3 de septiembre de 1791. La Constitución republicano-demócrata de 1793 amplió considerablemente la lista de los derechos fundamentales e incluyó los llamados derechos sociales, es decir, los derechos a servicios públicos por parte del Estado, como también el derecho al trabajo y a la asistencia social. Se ampliaron los derechos políticos (el derecho de sufragio y de petición) a todos los ciudadanos. A pesar de su corta existencia, la segunda Constitución de la Francia republicana anticipó la estructura de los Derechos Fundamentales que más tarde sería la propia del Estado Social. En el Estado Social, o propiamente dicho, en el Estado Social y de Derecho, fue integrada la ideología del individualismo liberal, con la del Socialismo Utópico y la de la socialdemocracia. En cuanto a este primer progreso hacia el Estado Social en la Francia republicana posrevolucionaria, hay que añadir que el derecho al trabajo fue suprimido en la Constitución de 1795.

Con las declaraciones realizadas a fines del siglo XVIII en Francia, se determinó un rasgo característico de los derechos fundamentales como elemento del Estado de Derecho: las esferas de libertad a las cuales se refiere son "absolutas", en lo que concierne al supuesto fundamento supraestatal, pero son "relativas", en lo que concierne a su recepción por el Derecho positivo. Ya que el Estado determina a través de ley positiva el contenido, los límites y las formas concretas de la garantía de estas libertades (por ejemplo también los procedimientos procesales para la protección de los Derechos Fundamentales). Esta positivización por medio de ley no debe ser vista solamente como un límite jurídico a las libertades básicas. Con eso las constituciones modernas quieren excluir cualquier limitación de los Derechos Fundamentales por medio de la intervención arbitraria del Poder Ejecutivo. Hasta la actualidad, el principio de la reserva de ley y el principio de

la Separación de Poderes marcan toda la historia de los Derechos Fundamentales. Este último principio se debe entender como la sumisión del poder Ejecutivo al Legislativo. Por otro lado la determinación positiva de las libertades está vinculada necesariamente con su definición a través de normas constitucionales y legales. De hecho la legalidad como contexto estructural con su sistema de reglas abstractas, es una característica tanto del Estado, como también del moderno concepto de libertad (de la "libertad de modernidad" en el sentido de Constant). Para ambos el Derecho no es un principio que se califique exteriormente, sino un elemento que forme parte de su estructura. Como regla abstracta el Derecho positivo es el principio tanto de la limitación del poder en el interior del aparato estatal, como de la autonomía de los ciudadanos en la Comunidad.

Sin embargo, la positivización y el principio de la reserva de ley significan de todos modos una limitación frente al contenido jurídico-natural de los Derechos Fundamentales, porque a través de la reserva de ley el legislador positivo tiene el poder de deshacer su contenido de manera legal.

3. El "Derecho Judicial".

Para comprender la dimensión de una teoría del derecho judicial en el marco de una teoría de las fuentes del derecho, es necesario distinguir tres significados del concepto de "fuente del derecho".

En un primer significado puede hablarse de *fuentes de producción*. Fuentes de producción son todos los hechos o actos que en un cierto ordenamiento jurídico originan una norma, ya sea abstracta y general (ley) o concreta (decisión judicial, actos administrativos).

Fuentes de validez son, por el contrario, las normas que establecen qué actos o hechos producen en el ordenamiento jurídico nuevas normas, y bajo qué condiciones. En este sentido, según la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, la validez de las normas depende de otras normas de grado superior, es decir, de normas que autorizan o reconocen actos o hechos normativos de grado inmediatamente inferior. Las fuentes de validez de las normas concretas individuales creadas por el juez son las leyes; la fuente de validez de éstas es la Constitución. Al final de la escala, para Kelsen, se encuentra la hipótesis de una norma básica; para Hart, por el contrario, el hecho de una norma de reconocimiento.

Fuentes de conocimiento, finalmente, son aquellos hechos y documentos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad de señalar la existencia de una norma y su contenido. Tales fuentes

de conocimiento son distintas, en general, de las fuentes de producción y de las fuentes de validez. Por ejemplo, la fuente de conocimiento de la ley para el ordenamiento jurídico alemán, es el *Gesetzblatt*, donde se publican las leyes.

Las fuentes de producción, comparadas entre sí, pueden ser fuentes originarias o fuentes derivadas. Una fuente es derivada con respecto de otra cuando esta última es la condición de validez de la primera o constituye su programa de decisión. En este sentido, la decisión judicial constituye, frente a la ley y al derecho consuetudinario, una fuente derivada. Fuentes originarias son, por el contrario, aquellas cuya validez o su programa de decisión no proviene de una norma superior a la que están subordinadas.

Una vez presentados estos aspectos preliminares, prosigamos con la argumentación ocupándonos de la norma consuetudinaria. En ella la fuente de producción coincide con la fuente de conocimiento, en el sentido de que la regularidad del comportamiento, acompañada de la "opinio juris ac necessitatis", no sólo es el hecho o complejo de hechos que producen la norma, sino que estos mismos son los que evidencian su validez. Una importante corriente doctrinaria tiende, por el contrario, con poderosos argumentos, a privilegiar la decisión judicial como fuente de conocimiento del derecho consuetudinario. En otras palabras, afirma que solamente el conocimiento constante, por parte de la autoridad judicial, del hecho consuetudinario, puede establecer la constancia y validez de semejante hecho. Esta teoría merece atención, pero no puede ser confundida con la tesis de que el derecho judicial (mejor aún, el derecho de los prejuicios de los jueces) constituya derecho consuetudinario.

No comparto esta opinión, y me sumo, por lo tanto, a Esser y a otros que se oponen al supuesto carácter consuetudinario del derecho judicial. Si la opinión antes mencionada fuese correcta, entonces estarían unidas en el derecho judicial, la fuente de producción con la fuente de conocimiento. Una consecuencia, por lo menos cuestionable, sería, entre otras, la producción de una norma generada por un prejuicio judicial; eso significaría que a partir de la consolidación fáctica del prejuicio, la decisión tendría un carácter normativo para todos los jueces.

El derecho judicial es, en lugar de esto, sólo una fuente de producción. Por el contrario, la ley y la costumbre se mantienen, para el derecho judicial, como fuente de validez y conocimiento. En este sentido, la decisión judicial es, junto a la ley, fuente productora, pero, al contrario de ésta, fuente derivada, no originaria.

Es importante haber establecido simultáneamente la dependencia y el carácter innovador del derecho judicial frente a la ley para recalcar su distancia frente a la ideología jurídica que, en el pensamiento jurídico alemán, encuentra su expresión en el concepto de *Juristenrecht*. Tendencias dominantes desde inicios del siglo XIX hasta la última posguerra, consideran al *Juristenrecht*, y en especial al derecho judicial, a diferencia de la tesis aquí expuesta, como fuente originaria paralela a la ley, e incluso a veces contrapuesta a ésta.

En la historia del pensamiento jurídico alemán es posible observar tres periodos en los cuales la relación entre ley y derecho se establece de un modo que no tiene nada en común con la teoría antes expuesta. En los tres periodos que quiero recordar en pocas palabras, la distinción entre ley y derecho cumple la función ideológica de contraponer la actividad de los juristas, en especial la del juez, al Poder Legislativo, y de relativizar este poder respecto a un derecho viviente que se expresa en la actividad de los juristas teóricos y prácticos. La actividad de los juristas se contempla como la expresión de un derecho viviente que encuentra sus orígenes alrededor del *Volksgeist* (espíritu del pueblo), en la conciencia de la comunidad o de acuerdo con un principio orgánico de desarrollo con respecto al cual el derecho legal posee un carácter artificial y potencialmente arbitrario.

La primera expresión completa de una teoría del *Juristenrecht* se remonta a Savigny y la escuela histórica en Alemania. Esta teoría parte directamente de la polémica sobre la codificación y representa la posición conservadora dominante en la *Methodenlehre* alemana de la época de la restauración.

La segunda fase de la *Methodenlehre* alemana, en la cual el derecho judicial se impone como derecho que compite con la ley, está dominada por el "movimiento del Derecho Libre" desde finales del siglo XIX hasta 1930.

La tercera fase de revalorización del *Juristenrecht* y de la actividad judicial como fuente autónoma de derecho se desarrolla en Alemania después de la caída del nacionalsocialismo. Estrechamente unido a esta fase se encuentra el renacimiento del derecho natural, que representa uno de los primeros intentos del pensamiento jurídico alemán por superar la experiencia de la "injusticia legal" y de la "perversión del ordenamiento jurídico" del decenio anterior.

La Constitución de la República Federal de Alemania ofrece una base a este movimiento de revalorización del derecho judicial, que encuentra una expresión significativa en el libro de Marcic, *Vom*

Gesetzstaat zum Richterstaat. En la medida en que la Constitución alemana (art. 20) vincula al juez no sólo a la ley, sino también al derecho, cumple con la exigencia expresada, entre otros, por Radbruch, de afianzar la justicia y el derecho en Alemania y en Europa sobre una base más sólida que la mera ley. Se intentaba de esta forma limitar el monopolio del legislador y su arbitrariedad revalorizando la "clase de los juristas" e interpretando de esta manera la tradición anglosajona, que considera a los juristas como protectores de los principios del derecho y de la justicia.

Estos tres periodos, durante los cuales las ideas del *Juristenrecht* y del derecho judicial pudieron imponerse, se caracterizan por condiciones sociales y políticas muy heterogéneas que deben ser observadas individualmente.

Si penetramos en los orígenes históricos de esta concepción, típicamente alemana, de la relación entre ley y derecho, y del jurista como creador del derecho, es posible encontrar una de las características que diferencian el modelo alemán de Estado de Derecho del desarrollo de este concepto en el resto de Europa. A diferencia del pensamiento jurídico francés, el Estado de Derecho en Alemania está mucho menos vinculado a la idea de la división de poderes. La prerrogativa del jurista frente al legislador, exigida por la teoría del *Juristenrecht* posterior a 1814 en la época de la restauración, es un ejemplo de este carácter conservador y, en cierto modo, autoritario inherente a la idea del Estado de Derecho en Alemania.

El concepto del jurista como representante del pueblo, puede interpretarse como una especie de límite a la función de la asamblea legislativa y del parlamento. El énfasis dado a la *comunidad* (*Gemeinschaft*) en relación con la sociedad, que se impone con la escuela histórica y caracteriza todo el siglo pasado hasta el idealismo social en la época de Guillermo II, documenta significativamente una cultura oficial que tiende a ignorar las divergencias de clase y los conflictos entre grupos sociales, sobrevalorando las posibilidades de armonía entre los mismos.

Mientras Thibaut y los partidarios de la codificación inspirada en el modelo francés apoyaban la creación de un Código Civil para Alemania, Savigny se dirige en un escrito polémico contra esta opinión, calificándola de un modo de pensar racionalista que descuida la realidad concreta del derecho. En su opinión, el derecho es un fenómeno como el del lenguaje, unido al largo e indetenible desarrollo del *Volksgeist*, y su fuente más importante de conocimiento no es la ley, sino la costumbre. Como suce-

de con el lenguaje, el derecho tiene sus propias y originarias fuentes y su "lugar" en la conciencia del pueblo. La aparición de los juristas como clase especial dentro del pueblo obedece a una fase del desarrollo del derecho relativamente tardía. Así, el derecho toma finalmente una "dirección científica", y del mismo modo en que antes ha vivido en la conciencia del pueblo, vive ahora en la conciencia de los juristas que representan al pueblo en esta función. Sin embargo, el derecho tiene desde entonces una doble vida, natural por un lado, por el otro artificial. La primera, que se mantiene vinculada con la vida del pueblo en general, representa el elemento "político", mientras que la vida científica del derecho representa el elemento "técnico".

En esta función como representante del espíritu del pueblo, la ciencia del derecho tiene la cualidad de fuente de derecho. Esta idea, central en la escuela histórica del derecho, es representada por Savigny, Puchta y otros. Aquí se encuentra la idea de un *Juristenrecht* puesto en el sistema de las fuentes, al mismo nivel que el derecho legislativo y consuetudinario, idea que desde entonces permanecerá en el pensamiento jurídico alemán.

El éxito de estas corrientes de pensamiento jurídico en las últimas décadas del siglo pasado, corresponde históricamente a una época en la que se puede constatar una consolidación de los conflictos de clase en dos frentes. Mientras la asamblea legislativa del primer y segundo "Reich" es influenciada, de manera cada vez más fuerte, por la Socialdemocracia, que obtiene cada vez más escaños, las fuerzas conservadoras y reaccionarias mantienen firme en sus manos el poder absoluto en la jurisprudencia, la burocracia, las fuerzas armadas y, sobre todo, en el poder económico y empresarial.

Al poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo se contraponen la estabilidad del poder de la burguesía y de la aristocracia agraria en las estructuras judiciales y administrativas del Estado y, de manera más general, en las relaciones reales de la sociedad capitalista. Ésta es, si no la única, sin duda una razón esencial para la superación del positivismo legal, así como también para explicar el nacimiento de la oposición entre ley y derecho, es decir, entre la legalidad formal, transferida a la función legislativa, y los principios y valores jurídicos materiales, salvaguardados por la jurisprudencia y la praxis administrativa. De ahí proceden las tendencias del "derecho libre", que se impusieron con el cambio de siglo (Ehrlich, Kantowitz, etc.) y que se desarrollaron de modo cada vez más decisionista (piénsese en Isay) en el nuevo siglo, hasta la llegada al poder del régimen nacionalsocialista. Frente a

la fuente de derecho formal se introduce de este modo una material: la conciencia social, que encierra en sí el "derecho viviente" y encuentra su expresión en la jurisprudencia, la ciencia jurídica y la tradición administrativa.

Éste es el aspecto ideológico más negativo y mistificador del "derecho libre" y de las tendencias antipositivistas y antiformalistas de la ciencia jurídica alemana que lograron imponerse desde finales del siglo pasado. Bajo la etiqueta de una aproximación de la ley al derecho y a la conciencia jurídica del pueblo, se oculta una reacción conservadora que intenta limitar la legalidad formal y debilitar el poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo.

De lo dicho puede deducirse que la ideología contenida en el derecho de los juristas va acompañada de una visión simplista del carácter pretendidamente estático del derecho legal, en contraposición al dinamismo del derecho judicial. Por lo tanto, debe cuestionarse y, en cada caso, controlarse empíricamente si, comparando el derecho legal y el derecho de los juristas, es siempre este último el que garantiza un desarrollo jurídico adecuado al cambio social, a las necesidades de la población y a la realización de la justicia.

La tesis del derecho de los juristas como fuente de producción originaria del derecho, junto a la ley, no es en sí ni progresista ni conservadora. Sólo la política concreta, el origen social y el comportamiento de las élites políticas y jurídicas permiten determinar si la dinámica histórica de las necesidades generales de una sociedad encuentra una expresión más adecuada en el legislador que en los jueces.

Precisamente en Italia, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una teoría, y en parte también una praxis judicial, que intenta favorecer un "uso alternativo del derecho" también por parte de los jueces, orientada a la igualdad social y a los intereses de las capas más perjudicadas de la población; en vez de favorecer los intereses de los grupos dominantes.

Debe también señalarse que incluso en contextos teóricos diferentes a la teoría antes mencionada, se ha insistido sobre el aporte de la actividad judicial a un desarrollo progresista del derecho. Pero lo que no puede afirmarse es que la dirección y el contenido de la política del derecho resulten solamente condicionadas por la mayor o menor independencia de los jueces respecto de la ley.

A propósito de esto, tal vez sea necesario recordar aquí que razones de carácter estructural que conciernen a la organización del ordenamiento jurídico y la democracia parlamentaria son las que

abogan por una subordinación "razonable" del juez y del administrador del derecho a la ley, sin dejar de reconocer, sin embargo, el carácter renovador de la aplicación del derecho.

En esta perspectiva quiero defender la decisión ideológica básica que da preferencia a la norma abstracta en la política jurídica, y con ello el papel del parlamento (con todas las limitaciones de las que, por desgracia, hemos sido testigos en los últimos tiempos). Esta decisión ideológica básica en favor de un Estado de Derecho parlamentario democrático viene en gran medida determinada por la consideración de que, en comparación con la decisión judicial, son las decisiones legislativas las que, en nuestras sociedades, resultan más fácilmente controlables a través de la discusión pública y de la comunicación política básica. La decisión judicial, a pesar del campo de juego necesario para la concreción de la ley está, en lo esencial, ya programada en la decisión legislativa. Si es cierto que la ley sólo se convierte en derecho en la decisión judicial (y en los demás actos de concreción de la ley), también es cierto que la ley y la Constitución siguen siendo los instrumentos más importantes para controlar democráticamente la producción del derecho.

4. Conclusiones.

La conciencia de que la ley, es decir, el Derecho positivo del Estado, es insuficiente para ofrecer certeza y garantía a los derechos de libertad, hace que en relación con el principio del Estado de Derecho aparezca más evidente cada día la independencia de dos valores que en la transfiguración iluminista de la ley parecían identificarse: la certeza y la justicia. Por consiguiente, en la identificación del contenido de este principio se nota una oscilación que produce que el Estado de Derecho aparezca ora, en su contenido mínimo ideal, como el Estado que garantiza la certeza de las relaciones entre autoridad y libertad, ora, por el contrario, como el Estado que garantiza la justicia de estas relaciones o, con otras palabras, un determinado contenido ideal que se asocia precisamente a la garantía de una amplia esfera de libertad para los individuos y los grupos. En la opción entre este mínimo y este máximo de contenido ideológico se exterioriza la opción existente entre una concepción iuspositivista y una concepción iusnaturalista del Derecho y del Estado, entre la consideración del Derecho tal cual es y la del Derecho tal como debe ser.

Por nuestra parte, pensamos que si se quiere dar algún contenido al principio que analizamos es necesario acoger la primera concepción (positivista). Y no precisamente porque no se considere esencial

reproducir en términos de justicia material el problema de las relaciones entre autoridad y libertad, sino porque estamos convencidos de que, planteado en estos términos, el problema excede de la estructura del Estado moderno y afecta directamente a la transformación de la sociedad actual en otra nueva en la que las relaciones citadas no se configuren en términos negativos y de límites recíprocos, es decir, en los términos jurídicos propios del Estado moderno. De hecho, éste corresponde a una forma de organización social en la cual el poder es algo extraño a la sociedad o a gran parte de ella. Decir que el Estado de Derecho no es más que el ideal de un Estado en el que están determinadas las limitaciones de la autoridad en relación con la libertad es poco si se piensa que la determinación de los confines entre autoridad y libertad deja sin enjuiciar el problema de la extensión real de la libertad, pero es mucho si se piensa que mientras el poder continúe siendo algo sobrepuesto a la sociedad y extraño a ella y las tensiones en la estructura de la sociedad hagan que el dualismo entre autoridad y libertad se resuelva (a pesar de alguna "mixtificación" ideológica) en una irreductible antítesis, no podrá existir libertad sin la certeza de la ley: certeza que, quizá, constituya el mínimo de libertad —la libertad moderna— que puede y debe ser asegurada frente al Estado, si queremos llamarlo Estado legal.

Por esto, la afirmación y el mantenimiento de una forma de Estado que garantice un mínimo de certeza en lo que afecta a la existencia del individuo y de sus libertades, constituye en nuestros días una exigencia elemental e irrenunciable por cuyo reconocimiento se siente justamente obligado a luchar todo aquel que desee contribuir al progreso de la sociedad. Pero si la libertad jurídica, la libertad moderna, es la única libertad que puede y debe ser salvada de la prepotencia del Estado, esta libertad es una libertad contradictoria, porque el Derecho que debe limitar el poder del Estado está condicionado —y más que nunca en el Estado contemporáneo— precisamente por este poder. Y la historia enseña cuán precaria es para la libertad de la mayor parte de los hombres una garantía que deriva de un poder que sólo formalmente es poseído por la generalidad de los ciudadanos, mientras que, en realidad, es expresión de la fuerza y de los intereses de una parte de ellos, como ha acaecido hasta ahora en toda forma conocida de Estado.

La meta última del progreso social la constituye la superación del dualismo entre sociedad y Estado: la absorción del poder del Estado por una sociedad que deje de estar dividida por inhumanas relaciones de explotación originadoras de graves tensiones

conflictivas. En lo que afecta a la evolución actual de las relaciones sociales, la lucha por el Estado de Derecho puede representar hoy tanto una lucha conservadora como una lucha por el progreso real de la sociedad. Se tratará de una lucha por el progreso de la sociedad cuando por medio del Estado de Derecho se pretenda llegar más allá del Estado de Derecho; es decir, cuando esta lucha se dirija no sólo a una modificación formal y meramente jurídica, sino

a una modificación sustancial tanto de las relaciones económicas como de las relaciones de poder dentro de la sociedad: de tal manera que no sólo la forma jurídica, sino la estructura misma de estas relaciones, llegue a ser la garantía (no formal, sino sustancial) de la libertad. En este sentido, el Estado de Derecho puede ser al presente si no la meta final, al menos una etapa decisiva en el caminar hacia una sociedad de hombres libres.

* * *