

La evolución del derecho y del estado de derecho

Isabel Trujillo, Universidad de Palermo (Italia)

Todo poder coercitivo exige una legitimación y el estado de derecho es parte de ella, si se quiere garantizar la coordinación autoritativa en el respeto de la libertad y la responsabilidad de los que a ella quedan sujetos. Ese poder es adecuado a la dignidad no solamente cuando está justificado en su *pedigree*, sino también en relación al modo de ser ejercitado. Quizás incluso el segundo criterio es más importante que el primero.

El estado de derecho es necesario en el ámbito internacional en la medida en que este último es teatro de ejercicio de poder y de toma de decisiones, y en cuanto tal puede interferir con la dignidad humana. La idea es que el estado de derecho como valor jurídico fundamental no está exclusivamente ligado al modelo del estado moderno, con una estructura democrática, división de poderes, etc. Si cambia el contexto de la coordinación, también debería cambiar el modo de declinar el estado de derecho.

Algunas de las preguntas cruciales a este respecto son por lo tanto: ¿cómo se configura el estado de derecho en la actual fase de desarrollo del derecho, también desde el punto de vista internacional? ¿cómo deben tratar los decisores de la escena internacional a los seres humanos para respetar su dignidad? Estas preguntas introducen por lo menos tres problemas distintos. El primero es el problema de cómo se configura el estado de derecho en un sistema acéfalo, organizado en estados independientes pero que necesitan una coordinación. Es decir ¿qué es lo que se entiende por estado de derecho internacional? En otras palabras, ¿cómo se puede realizar una coordinación jurídica entre entidades estatales soberanas? ¿Qué tipo de estado de derecho puede garantizar el tratamiento apropiado de los individuos en la escena internacional? Este problema es el que podríamos llamar el de la estructura cosmopolita de la escena internacional y aquí se puede decir que son precisamente los

derechos humanos a empujar la transformación del estado de derecho en dirección cosmopolita. El segundo problema concierne la transformación del modo de producción de las normas, en el que se puede observar que el estado ha perdido su monopolio. Es el problema del *soft law* y de su relación con el estado de derecho. ¿Cómo pueden sujetarse al modelo del estado de derecho las normas producidas por organismos de relevancia pública pero no democráticamente legitimados, o incluso de sujetos no públicos, tradicionalmente no admitidos a la producción de normas (autoridades supranacionales, autoridades independientes, organizaciones no gubernamentales)? Aquí el papel de los derechos humanos está en su expansión como valores centrales de esas normas, también en el sector no público. El tercer problema es el del cambio de las mismas normas jurídicas. En particular, el problema de los principios. ¿Qué es lo que cambia del estado de derecho cuando la normación jurídica asume la forma de principios? ¿Cómo se puede pensar el estado de derecho cuando las normas son preceptos de optimización, generalmente – aunque no siempre – conectados con los derechos humanos?

Naturalmente esta exploración es de éxito incierto pues se trata de cambios que se están produciendo delante de nuestros ojos y que por tanto constituyen un *work in progress* o quizás mejor – como se decía antes – un *long-term project*.

Muy resumidamente y anticipando de algún modo las conclusiones provisionales de esta primera aproximación al tema, me parece que se puede notar fácilmente cómo el estado de derecho se va enriqueciendo con nuevos elementos que van apareciendo junto a los del pasado, pero que se proponen la misma finalidad. En general, respecto a la centralidad de las características de las reglas antes recordadas, se puede observar el crecimiento de la importancia de la segunda parte del concepto de estado de derecho, aquella que se refiere a la aplicación del derecho, así como también al contenido de las normas, donde juegan una buena parte los derechos humanos. Como ya se ha dicho, el derecho no coincide con la práctica de los derechos humanos. Por esta razón, no todos estos cambios dependen de los derechos humanos, aunque sí que muchos de ellos.

1. La estructura cosmopolita de la escena internacional

La primera fase de la respuesta tiene que ver con lo que se puede llamar la estructura cosmopolita de la comunidad internacional, entendiendo por cosmopolitismo un modelo organizativo articulado en el que diferentes esferas de interdependencia interactúan y se armonizan¹. Como hemos dicho más veces, a diferencia de los derechos humanos, que tienen a la vista el bien del individuo y si acaso la proyección individual de algunas dimensiones colectivas (el derecho a la identidad, a la ciudadanía, a la participación), el estado de derecho tiene como objeto la dimensión de la decisión colectiva, también en la escena internacional. Aun teniendo la misma finalidad, el estado de derecho internacional no puede ser simplemente la trasposición del estado de derecho en la escena internacional. La *domestic analogy* no funciona en sentido literal. En particular, no se puede establecer un paralelo entre la autonomía del individuo y la soberanía del estado. El estado no está al derecho internacional como el individuo al derecho interno, ni la autonomía del estado es equivalente a la autonomía del individuo; ni los derechos del estado están equiparados a los derechos de los individuos. Como señala Waldron, la soberanía del estado es algo artificial, que tiene que ver con algunas características necesarias de la entidad colectiva que llamamos estado: hace referencia a la autodeterminación de los sujetos dentro del estado y a la capacidad del estado de representar a los individuos². En esta línea se puede decir que “[t]he international sovereignty protects a collective entity of individuals – a people – and not individual human beings per se”³. La soberanía del estado en el ámbito internacional y en particular la igualdad en la soberanía de los estados tutelan indirectamente la

¹ TRUJILLO, I., “Cosmopolitanism and Human Rights”, en CEBOLLA SANAHUJA, L. y GHIA, F. (eds.), *Cosmopolitanism. Between Ideals and Reality*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2015, pp. 10-34.

² WALDRON, J., “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, 2011, p. 331.

³ BESSON, S., “Sovereignty, International Law and Democracy”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, 2011, p. 383.

posibilidad de los individuos de ejercer su autonomía y protegen de esa manera su dignidad.

Esto casa bien con el hecho de que los estados – al plural – son fuentes del derecho internacional y no simplemente sus sujetos. Esta diferencia implica que la autonomía y la soberanía de los estados tiene que estar protegida sólo en la medida en que el estado a su vez se propone realizar ciertos valores, y entre estos precisamente tutelar los derechos de los individuos. El *ultimate value* del derecho internacional es también – como en el terreno doméstico – el individuo, no el estado. Y todo esto ha tenido un fuerte impulso gracias a la práctica de los derechos humanos y de su influencia en el campo del derecho internacional. Los estados en cuanto decisores en la escena internacional tutelan la dignidad humana en la medida en que siguen el modelo del estado de derecho. En esta óptica, se refuerza la *service conception of authority*⁴, también en el terreno internacional. No es ya la identificación de un sujeto a justificar la autoridad, sino más bien el modo en que se ejercita esa autoridad. No existe una regla fija de prevalencia entre el estado o la organización internacional⁵. Ciertamente el principio de subsidiaridad introduce la preferencia por la institución más cercana a los individuos, pero el principio es defectible. Se puede dar una prioridad a la dimensión no estatal cuando esto significa que el objetivo de proteger los derechos de los individuos se hace a nivel internacional “better than on their own”⁶, o sea mejor que los estados por su cuenta. No solamente en caso de estados fallidos, sino también cuando es necesaria una cooperación. No hay un modelo fijo de prevalencia: internacional o doméstico. Depende de los valores que ambos sirven.

Sin embargo, hay una diferencia implícita entre el respeto de la autonomía de los individuos y el respeto de la soberanía del estado. Mientras el respeto de la autonomía del individuo implica que éste pueda hacer lo equivocado (*the right to do wrong*), o pueda determinar su vida no necesariamente como una buena vida, esto no esta

⁴ RAZ, J., “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pp. 1003-1044.

⁵ WALDRON, “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, cit.

⁶ BESSON, “Sovereignty, International Law and Democracy”, cit., p. 379.

permitido al estado “because of the imperfect analogy with an individual, sovereign autonomy is even more clearly dependent on the purposes of being a good polity, i.e., a polity that is self-determining and protects its subjects’ autonomy”⁷. De alguna manera esto lleva a la conclusión, por un lado, de que la legitimación del estado debe tener una base democrática, y, por otro, de que la soberanía no es en ningún caso absoluta, y por tanto el derecho internacional está por encima de ella. Entre la concepción consensual y la concepción moral del derecho internacional hay una tensión difícil de resolver. Y en parte esta tensión depende del desarrollo de los derechos humanos como un derecho perentorio⁸.

Desde este punto de vista algunas características del derecho internacional (el privilegio de los gobernantes de un estado a disponer sobre los recursos naturales y sobre la deuda nacional) deberían ser reformulados a la luz de la protección de los derechos de los individuos. Una interferencia en ese campo no sería contra el estado de derecho internacional, sino al contrario serviría a tutelarlos. Está claro que habría que pensar a quién puede y debe intervenir. La base democrática exige la igualdad de los estados, el igual valor formal de la soberanía de todos, y esto tiene importantes implicaciones en la reforma de las instituciones internacionales.

2. El soft law y la modificación del modo de producción de normas

Otro aspecto importante del estado de derecho tiene que ver con la expansión de la producción de derecho no estatal. Como se decía anteriormente, el estado de derecho afecta a la toma de decisiones colectivas que recaen sobre los individuos. Por lo tanto sus exigencias abarcan todo ejercicio de poder, cualquiera que sea su origen. En el terreno internacional y transnacional, así como en el doméstico, es evidente que intervienen autoridades no estatales a las que es necesario limitar y controlar (incluidas las autoridades independientes). Es necesario por tanto pensar a un modelo de estado de derecho que pueda aplicarse al *soft law*.

⁷ Ivi, p. 378.

⁸ TASIOLAS, J., “Custom, jus cogens, and human rights”, en BRADLEY, C.A. (ed.), *Custom’s Future: International Law in Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge, forthcoming.

Respecto a la idea clásica de un derecho de producción legislativa, claro, estable, fácilmente identificable en su fuente y origen, el derecho contemporáneo deja mucho que desear. La pregunta es si esta transformación tiene que ser considerada una pérdida neta, o si bien corresponde a un proceso de transformación del estado de derecho⁹. Esta segunda opción se puede confirmar si se mira a los procesos de *accountability* y de *peer review* entre los estados.

Este fenómeno jurídico es muy difícil de presentar unitariamente. Tratando de esa forma de derecho en el contexto de la Unión europea (aunque vale también para otros casos), Linda Senden ha utilizado una clasificación clarificadora: el *soft law* puede ser *pre-law*, *post-law*, o *para-law*¹⁰.

El *pre-law* tiene que ver con las normas de armonización supranacionales de sistemas estatales (EU, Consejo de Europa, Convención americana de derechos humanos). El *pre-law* (*green e white books, guidelines*) y el *post-law* (*regulations*) son formas de derecho que vienen antes y después del derecho legislativo clásico, o sea, lo más parecido al *hard law*. Se trata de un derecho no estatal, menos formal, no democráticamente legitimado, etc. Sin embargo, se trata de “derecho” porque produce efectos jurídicos. Si no queremos dejar sin resolver el misterio del *soft law*¹¹, tenemos que mirar a lo que hace que tal derecho se obedezca. Su juridicidad depende precisamente de la capacidad de resolver problemas de coordinación. Parece ser que a determinar la obediencia y la eficacia del derecho es la virtud intrínseca de esas normas, en particular su capacidad de coordinar, el equilibrio entre lo que imponen y el fin a conseguir. Su operatividad se explica a la luz del principio de lealtad y de

⁹ DAWSON, M., “EU law ‘transformed’? Evaluating accountability and subsidiarity in the ‘streamlined’ OMC for Social Inclusion and Social Protection”, en KRÖGER, S. (ed.), *What we have learnt: Advances, pitfalls and remaining questions in OMC research*, European Integration online Papers (EIoP), Special Issue 1, vol. 13, art. 8, 2009, <<http://eiop.or.at/eiop/texte/2009-008a.htm>> Dawson 2009> (26 enero 2016).

¹⁰ SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 119.

¹¹ GUZMÁN, A.T. y MEYER, T.L., “International Soft Law”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 1, 2010, pp. 171-225.

cooperación por parte de los sujetos involucrados en su aplicación¹². Un ejemplo entre muchos: los jueces no están obligados por una fuerza coercitiva a aplicar ese derecho (sino no podríamos llamarlo *soft law*), pero sí por la exigencia de colaborar en la construcción de estructuras jurídicas. De este modo se puede enfocar también la participación de los expertos. El problema de la toma de decisiones multilaterales sobre la base de elementos científicos por ejemplo depende de la capacidad de estas normas de resolver el problema al que se enfrentan. Detrás de ese derecho por tanto hay una cuestión de credibilidad de las instituciones y de los órganos proponentes.

El *para-law* incluye todas aquellas formas de derecho no producidas por el estado o por organizaciones estatales, incluidos los sujetos privados, las corporaciones. El ejemplo más evidente es el de la *lex mercatoria*. La característica más llamativa de este tipo de fenómenos es el de estar estructurado en torno a sistemas alternativos de solución de controversias, en competencia con el poder judicial del estado. Efectivamente, de alguna manera, el derecho tiene que demostrar la capacidad de resolver los conflictos.

En este campo se expande también el principio de *accountability*, que puede ser visto como el principio por el cual aquel que establece la regla tiene que estar sometido a ella y el que la aplica debe hacerlo con imparcialidad y debe responder de sus decisiones. Se piense al ejemplo de la organización mundial de la salud, que toma decisiones importantes sobre derechos humanos. El *soft law* va generalmente acompañado por una pretensión de limitación intrínseca del poder. Este desarrollo está conectado con la difusión de las éticas profesionales y sectoriales, que incluyen también el respeto de los derechos humanos. La conexión entre estado de derecho y ética profesional pasa a través de la relación entre autoridad y confianza. Una autoridad no estatal tiene que ganarse la confianza de los sujetos, de otra forma sus reglas no serán seguidas.

¹² Se señala la importancia de la cooperación institucional en el *rule of law* en VIOLA, F., “The Rule of Law in Legal Pluralism”, en GIZBERT-STUDNICKI, T. y STELMACH, J. (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, 2007, pp. 105-131.

En última instancia, el estado de derecho aparece como el contenido de la ética profesional del decisor y del jurista¹³. El estado de derecho tiene como primera exigencia el respeto de la regla y su primado. En un sistema en el que la doctrina de las fuentes está bastante complicada, y se ha difuminado su jerarquía formal, el papel de los sujetos que contribuyen a construir la práctica jurídica se hace central. Aquí también hay material para una revisión del modelo del estado de derecho.

3. Estado de derecho y tipos de normas: el gobierno de los principios

El clásico ideal del estado de derecho cosido entorno al cuerpo del estado moderno nos presenta un régimen en el que el comportamiento humano es guiado por reglas generales, donde se entiende por generalidad la universalidad en sentido lógico. Para hacer compatible el estado de derecho con un derecho por principios – como es el caso de los sistemas constitucionales – se hacen saltos mortales, pues el razonamiento (moral) de ponderación de los principios está caracterizado por el particularismo¹⁴. En ese sentido, asume importancia la complementariedad entre generalidad y equidad, que es la única manera de proteger la dignidad humana. Pero eso no es suficiente. La ponderación no existe porque los casos concretos son particulares, sino porque lo que es universal en el derecho no es la categoría de sujetos o el modelo de acción, sino la finalidad que las normas (los principios en primer lugar) se proponen. Si acaso, es la consideración de los efectos sobre el caso concreto a exigir que se reformule una ley o que se la abandone, aun habiendo sido correctamente producida a través de los procedimientos formales y por el sujeto legitimado a hacerlo, es decir, el poder legislativo. Por esto el poder judicial está en expansión, como lo está la revisión constitucional.

La importancia del poder judicial en un sistema de principios hace temer precisamente por el estado de derecho, pues ese protagonismo parece amenazar la

¹³ WALDRON, J., “The concept and the Rule of Law”, *New York University School of Law. Working Papers*, November 2008: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005> (26 enero 2016).

¹⁴ CELANO, B., “Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law”, en FERRER, J., MORESO, J., PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.

separación de los poderes, que ha sido desde siglos su baluarte. Para muchos, la revisión constitucional es una amenaza para la democracia, que a su vez es necesaria a la luz de los derechos, una vez reconocida la dignidad de todos y su autonomía. Pero paradójicamente son los mismos derechos la causa del mecanismo de control de constitucionalidad. Efectivamente, si se les reconoce el estatuto de derechos constitucionales, se introduce en el ordenamiento una exigencia de control de la legislación ordinaria: hay que vigilar para que los derechos no resulten violados por el legislador. El poder legislativo no está por encima de los derechos humanos, por lo que se hace necesario el control de las leyes. Es esta una parte importante de la aplicación del derecho según su tenor, como exige el estado de derecho. La revisión constitucional es precisamente la respuesta a esta exigencia. La pregunta entonces es cómo controlar a los controladores, sobre todo si no están legitimados democráticamente. Esta cuestión radicalmente controvertida no puede ser aquí resuelta¹⁵. Uno de sus puntos críticos es el del control de la actividad judicial en materia de proporcionalidad, que tiene que ver bien con la estructura de la argumentación jurídica, bien con la ética profesional de los jueces. También en este último caso, el *rule of law* juega un papel principal. La aplicación del derecho según su tenor exige una concepción argumentativa de la verdad práctica, que no es solamente una verdad, pero tampoco es un acuerdo sin verdad, sino que nace del respeto de la autonomía de las personas y a la vez del pluralismo, junto con la necesidad de realizar una dimensión deliberativa.

Como es sabido, el mecanismo constitucional para la aplicación de los principios es el principio de proporcionalidad. Aun cuando muchos temen por su incertidumbre, la finalidad de ese mecanismo es precisamente la de evitar la arbitrariedad. Eso lo obtiene eliminando aquellas intervenciones sobre los derechos que no aparezcan adecuadas a las finalidades de la constitución, que no sean las menos restrictivas posibles, que sean desequilibradas respecto a los beneficios que pueden traer de la

¹⁵ ALEXY, R., "Constitutional Rights, Democracy, and Representation", *Rivista di filosofia del diritto*, anno IV, no. 1, 2015, pp. 23-36 y FERRAJOLI, L., "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Rivista di filosofia del diritto*, anno IV, no. 1, 2015, pp. 37-52.

medida legislativa. Se trata de una prohibición de la arbitrariedad. Desde ese punto de vista, el estado de derecho y el principio de proporcionalidad tienen el mismo fin y este último puede ser incluido entre los requisitos del primero. El juicio de adecuación está dirigido a asegurar que la medida legislativa tenga un fin fundamentado en la constitución. El juicio de necesidad asegura que esa intervención sobre los derechos es el menor mal de entre las estrategias posibles e igualmente eficaces. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto asegura que la medida no altere el contenido del derecho y que esa medida de limitación sea tolerable en consideración de la importancia del fin perseguido.

Este viaje en la evolución del derecho ha permitido ver que el modelo del estado de derecho está transformándose a la vez que el derecho cambia, junto con la unidad política y jurídica del estado, que en edad moderna ha sido el protagonista exclusivo del mundo jurídico. No se puede decir que la remodelación del estado de derecho se deba exclusivamente a la práctica de los derechos humanos, pues las dos prácticas no se sobreponen completamente. Sin embargo, los derechos humanos tienen una buena parte en esa transformación, pues están penetrando siempre más profundamente en el derecho. Sus diferencias (necesarias) no son óbice para que estas prácticas se relacionen entre ellas, sobre todo si se considera que el sujeto beneficiario de ambas, que es el ser humano y su dignidad.