

LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES EN LA EDAD MODERNA¹

Dr. Juan Fernando Segovia
(CONICET - U.MZA. - U.N.C.)

I. PROPÓSITOS

Voy a encarar el tema de la formación de los derechos nacionales en la edad moderna, desde la perspectiva de la teoría política e historia del pensamiento político. No trataré de casos personales. Mi propuesta es brindar una mirada que, al mismo tiempo que desborda lo individual, permitirá una comprensión de cada circunstancia singular.

Vivimos con la sensación de que la llamada postmodernidad y su síntoma político, económico y jurídico más grave (la globalización) operarían como una alternativa diferente de la modernidad. Sin embargo, bien podríamos preguntarnos si el giro postmoderno y globalizado no es sino otra de las maneras de realización de la modernidad; no su muerte, sino su vida a través de una forma de existencia que, implícita en ella, viene ahora a mostrarnos su cara actual. Pretendo mostrar que este fenómeno es parte de la contradictoriedad o, si se quiere, de la ambivalencia de la modernidad. No pretendo entrar directamente en esta polémica modernidad/postmodernidad, pero sí quiero dejar asentado que el fenómeno postmoderno de la globalización puede ser una de las facetas de la modernidad. Modernidad que siempre ha actuado en dos direcciones complementarias: reforzando lo nacional y abarcando lo internacional; formando la nacionalidad y proponiendo diversas instancias de internacionalización de sus ideas, principios e instituciones.²

Por lo tanto, si se habla de la crisis de los derechos nacionales a consecuencia del fin de la modernidad o del advenimiento de la postmodernidad, tengo mis dudas; porque el proceso de apertura del derecho a instancias supranacionales estuvo latente en las entrañas mismas del derecho moderno.

Si me parece posible, en cambio, sostener que la crisis de los derechos nacionales es el resultado de la crisis del Estado moderno, es el efecto del cuestionamiento del Estado y de las mutaciones sufridas por éste a lo largo del siglo. Tal como lo veo, el derecho nacional es una de las manifestaciones del Estado moderno soberano, de manera que si la soberanía y el Estado son puestos hoy entre signos de interrogación, el derecho nacional, que depende de aquellos dos conceptos, también se vuelve dudoso.

Para entrar en materia, propongo que inicialmente recordemos de qué manera el derecho nacional aparece como un elemento inseparable de los orígenes del Estado moderno. Luego creo oportuno reflexionar sobre el desarrollo del Estado y la influencia que se produce en el derecho nacional. Volveré a la actualidad y retomaré la idea de la contradictoriedad de la modernidad y su carácter ambivalente, y mostraré cómo en los últimos años los derechos nacionales contuvieron puntos de fuga hacia instancias internacionales o supranacionales.

1. Conferencia pronunciada el Jueves 15 de Abril en el Aula Magna de la Universidad de Mendoza, en la inauguración del **Primer Simposio de Actualización Jurídica**, sobre el tema "La crisis de los derechos nacionales y el caso Pinochet", organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Centro de Investigaciones Superiores de la mencionada Universidad.

2. Es muy sugerente el estudio de Anthony Giddens, **Consecuencias de la modernidad**, Alianza, Madrid, 1994. Para una discusión de este tema, cfr.: Klaus von Beyme, **Teoría política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad**, Alianza, Madrid, 1994.

II - EL ESTADO MODERNO

Acerca del Estado

El origen y desarrollo de la estatalidad se vincula a un largo proceso histórico³ que requirió de diversos signos que manifestaran la existencia del Estado: *primero*, la aparición de unidades políticas persistentes en el tiempo y fijas en el espacio, es decir, la ruptura del ideal imperial de la Edad Media que da paso a lo que García Pelayo llama el pluriverso político o sistema pluricéntrico; *segundo*, el desarrollo de instituciones impersonales permanentes, circunstancia que estaría indicando el paso de una ordenación política a una organización política, es decir, a una forma de convivencia racional o técnica y no histórica, tradicional o práctica; *tercero*, el acuerdo respecto de la necesidad de una autoridad capaz de emitir juicios decisivos, que elimina todo tipo de poder público o privado, superior o inferior que pueda hacerle competencia; y *cuarto*, la idea de que tal autoridad debía ser objeto de lealtad básica de sus súbditos, lo que solo es posible mediante la transformación del pluricentrismo medieval en un monocentrismo interno típicamente moderno.

Este último elemento es central, pues la idea de la lealtad única debida al Estado implica, entre otras cosas, la inauguración de relaciones asimétricas de supra y subordinación entre los súbditos/ciudadanos, la homogeneidad de las relaciones con el poder estatal y la secularización del orden jurídico, que conduce necesariamente a su autonomía.

Por lo tanto, el Estado moderno supone un nuevo panorama frente al orden político medieval (e incluso el antiguo); el concepto de Estado importa la unificación y centralización del poder, es decir, el monopolio de la justicia y del derecho a la guerra como expresión de la soberanía; la secularización del poder, a la que se llega no sólo por la distinción neta entre fin político y fin religioso, sino también porque el Estado origina su propia espiritualidad racional mediante la afirmación de una esfera laica sustentada en sí misma; la determinación territorial del poder pues, en sustitución de los vínculos personales de lealtad propios del medioevo, aparecen las fronteras y la dominación impersonal; la objetivación del poder, debido a que el Estado aparece como una organización de poder cerrada, aislada como un todo, que se manifiesta en el derecho, en la burocracia y en la vida económica; y finalmente, el plural universo político, ya que no hay una autoridad mundial ni una organización jurídico política internacional, en la medida que con el surgimiento del Estado desaparece la poliarquía intraestatal de la Edad Media, que es sustituida por una poliarquía interestatal.

Todos estos elementos ya no sindicaban que el Estado nacional necesitará de su derecho, su propio derecho estatal para justificar su poder, para legitimar su supremacía; para determinar el dominio sobre su territorio; para instaurar los medios de poderío estatal; y también para regular las conexiones con los otros Estados.

Pero no nos adelantemos: estamos aún en los albores del Estado; transitamos todavía entre los siglos XIII a XVII, que son los de su aparición y lucha por imponerse a otras formas de dominio supraestatales (como la Iglesia) o infraestatales (como las corporaciones o las regiones) que mantienen cierta capacidad de suscitar adhesiones y lealtades tan fuertes como la del Estado. Un factor para eliminar esas autoridades preexistentes al Estado fue la capacidad de decidir quién era un tercero, quién era un extraño y quien era un enemigo para el Estado.⁴

3. La bibliografía es abundante, Cfr., entre otros, Jean Pierre Brancourt, "Des «etats» á l'Etat: évolution d'un mot", en **Archives de Philosophie Du Droit**, 21 (1976), ps. 39-54; Manuel García Pelayo, "Hacia el surgimiento del Estado moderno", en **Idea de la Política y otros ensayos**, C.E.C., Madrid, 1983, ps. 107-133; del mismo, "Sobre las razones históricas de la razón de Estado" y "Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno", ambos en **Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político**, Revista de Occidente, Madrid, 1968; John Hall y G. John Ikenberry **El Estado** Alianza, Madrid, 1993; W. Naef, **La idea del Estado en la Edad Moderna**, Aguilar, Madrid, 1973; Dalmacio Negro Pavón, **La tradición liberal y el Estado**, Real Academia de Ciencias Morales y políticas, Madrid, 1995, espec. ps. 87-183; Gianfranco Poggi, **El desarrollo del Estado moderno**, Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 1997; Hagen Schulze, **Estado y nación en Europa**, Crítica, Barcelona, 1997; Luis Sánchez Agesta, **Principios de teoría política**, 5ª ed., Ed. Nacional, Madrid, 1974, ps. 119-121; y Joseph R. Strayer, **Sobre los orígenes medievales del Estado moderno**, Ariel, Barcelona, 1981.

4. Cfr.: Julien Freund, "L'ennemi et le tiers dans l'État", en **Archives de Philosophie du Droit**, 21 (1976), ps. 23y sigs.

Si el Estado consiguió con éxito imponer su definición de la ciudadanía, obtuvo con ello un método de concentración de su poder, de autolegitimación de su poder y de exclusión de aquellos que no aceptaran esa única autoridad. La capacidad del Estado para agotar los lazos personales de lealtad y sumisión subsistentes como residuos del feudalismo e imponer vínculos impersonales de dominio, fue la demostración final de que esta nueva forma de vida política acabaría por imponerse.

La soberanía

Por eso el Estado moderno, como soberano indisputado, autor del derecho y superior a cualquier poder intermedio entre él y el pueblo, necesariamente debe contar con el monopolio más decisivo y terrible: "el monopolio de las armas"⁵

Las revoluciones inglesas del siglo XVII son una clara demostración de esto: toda la teoría política surgía de los principales pensadores del momento (Hobbes y Locke, cada uno a su manera) anuncia la consolidación de nuevas formas de poder típicamente estatales que sustituyen a las viejas estructuras de dominio personal, resabios feudales, que otros (como Filmer) todavía defendían bajo la invocación del derecho divino de los reyes. Cuando nadie pudo acudir a una fuente trascendente que diera legitimidad a su poder, cuando se tuvo que reconocer que el único poder legítimo era necesariamente secular, entonces el Estado acabó por imponerse.

Durante este largo proceso se va advirtiendo que la legitimación inmanente del poder estatal está unida a la cada vez más nítida autonomía jurídica del propio Estado. El Estado define al derecho, define cuál es su derecho. Cuando el Estado unifica el poder y se emancipa de todo otro dominio, la soberanía⁶ le sirve para señalar su capacidad de autodeterminación interna y externa. La soberanía es un carácter, una nota, una cualidad del poder. Es la supremacía del poder estatal, entendida como la virtud del poder que no tiene más límites que los que él se pone y que, por lo tanto, es independiente de todo fin. La historia del concepto de soberanía es la de la evolución desde la supuesta ¡limitación del poder (el absolutismo de Bodino y Hobbes) a la imposición de condicionamientos crecientes al poder del Estado en lo interno (Estado Constitucional) y en lo externo (Comunidad de Estados). Pero es correcto sostener que históricamente la soberanía estatal fue la pretensión de autodeterminación individual del Estado, de independencia hacia afuera y de exclusividad de poder hacia adentro de las fronteras.⁷

La autonomía jurídica estatal

Las relaciones de poder en el Estado se hacen directas, eliminando la mediación "social" propia de la Edad Media; esas relaciones se vuelven impersonales, reguladas por normas abstractas.

Para ello el Estado debió sustituir la ordenación mediante leyes deducidas de un orden eterno decretado por Dios por la organización a través del Derecho, Derecho que traza el espacio público como organización jurídica del orden político dentro de un territorio nacional donde se brinda la seguridad. Sobreviene así una disposición "entre el Derecho Público —explica Negro Pavón—, derecho estatal, nacional, de situaciones, y el Privado, derecho de relaciones que no se ciñen al espacio. El Estado empezó a prevalecer en todo, determinando sucesivamente nuevas situaciones, entre ellas la organización como sociedad de lo no específicamente estatal".⁸

5. Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado cit.*, p. 109.

6. Cfr.: entre otros, F. H. Hinsley, *El concepto de soberanía*, Labor Barcelona, 1972; Bertrand de Jouvenel, *La soberanía*, Rialp, Madrid, 1957; y principalmente, Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, caps. 2 y 3, ps. 53 y sigs. También el agudo, original y aún indisputado libro de Carl Schmitt, *La dictadura*, 3ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1968.

7. Otto Hintze, "Esencia y transformación del Estado moderno" (1931), en *Historia de las formas políticas*, tr. J. Díaz García, Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 302.

8. Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado cit.*, p. 101.

La unidad e independencia económica, militar y política del Estado fue acompañada por la independencia jurídica, fenómeno de singular importancia, pues es el que permite entender finalmente al Estado moderno como centro unitario de derecho. En primer lugar, el derecho sirve para encubrir las relaciones de fuerza o de poder que el Estado ha establecido entre sus súbditos. Mas el Estado moderno, para alcanzar esta finalidad, no puede basarse en el antiguo derecho cristiano sino que requiere de un derecho nuevo: escrito, común, cierto, aplicable al territorio todo, mediante un sistema previsible de jurisdicción. Todo esto supone la irremisible desaparición del derecho medieval, foral y diverso, de las costumbres como manifestación del *ius naturale*, "ya que en cuanto el nuevo Estado se plantee vastos fines —escribe García Pelayo— no puede operar con un derecho de situación, sino con un derecho racionalmente calculado, con una creación jurídica con arreglo a plan; nada, pues, de derechos heterogéneos, sino tendencia a un derecho de validez general y con instrumento de expresión general".⁹

Por eso el Estado aparece como una "entidad iuscéntrica" es decir, centrada o estructurada en torno al derecho que, habiendo perdido ya su carácter sacral, se alojará en la "secularidad".¹⁰

Es entonces a través del derecho que el Estado soberano moderno asumirá el monopolio de la decisión que, ahora, al ser jurídica, es política. El nuevo Derecho estatal plantea un problema peculiar y propio, exclusivo, del Estado moderno: la distinción y la separación del Estado, como espacio cerrado y centralizado de poder, y de la Sociedad, es decir el conjunto de individuos que componen lo no estatal, según la definición que de ella hace el propio Estado. En un comienzo, es el Estado monárquico y absolutista el que define "lo público" o "lo estatal" y delimita "lo privado" como el ámbito no político de vida de la Sociedad; pero, más tarde, el liberalismo intentará invertir los términos, pues para esta concepción política la Sociedad precede no histórica más sí abstracta y lógicamente al Estado, y le corresponde a ella definir "lo público" y delegarlo en el Estado como "lo estatal", reservándose el remanente como el espacio de "lo privado", donde se desarrollará la vida social o interindividual.

Constitución, Estado y derecho

En el concepto anterior de Derecho público viene ya implícita la idea de un gobierno constitucional, puesto que la exigencia de carácter organizador del derecho lleva a plantear la necesidad de constituciones escritas, de leyes supremas ciertas e invariables. La ley escrita permite una regulación consciente y permanente de las actividades futuras del Estado, le da certeza a la actuación estatal, elimina discordias al separar los ámbitos de lo estatal y de lo social o privado, y permite una orientación duradera y segura de las funciones estatales. El Estado moderno necesitaba para gobernar de algo fundamental, permanente, invariable, semejante a la Carta Magna. Y, como sostiene Heller, en la idea de constitución escrita viene implícita la noción, más o menos exacta, de una nivelación de todos los súbditos, es decir, el concepto de la igualdad jurídica de los ciudadanos, dotados de derechos políticos frente al gobierno.¹¹

Necesariamente, pues, el Estado moderno es regulador, dominador, un artefacto técnico, un producto de la voluntad humana destinado a absorber y concentrar insaciablemente poder. El Estado es una organización de poder, como se recuerda en la conocida definición de Weber, cuando decía que era una comunidad humana asentada en un territorio, que "reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia Física legítima*".¹² Es cierto que el Estado ha pasado históricamente de la pura potencia y la nuda fuerza física, a la fuerza legal y a la persuasión democrática —la fuerza del voto—, pero jamás podrá renunciar, sin dejar de ser Estado, a la aspiración de monopolizar el poder, de concentrarlo, de centralizarlo, de dominar y regular la vida estatal y no estatal, de convertirse en un sistema cerrado de poder, que se expresa a través del derecho.

9. Manual García Pelayo, **Derecho constitucional comparado**, 6ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1961, p.147.

10. García Pelayo, "Hacia el surgimiento del Estado moderno", cit., p. 130.

11. Georg Jellinek, **Teoría general del Estado**, Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 386; y Hermán Heller, **"teoría del Estado, 4" ed.**, México, 1961, p. 152.

12. Max Weber, **Economía y sociedad**, 4ª ed., FCE, México, 1969, tm. II, p. 667; y su conferencia "La política como vocación" en **El político y el científico**, 10ª reimp., alianza, Madrid, 1988, p. 83.

El derecho es tan esencial al Estado que puede comprenderse por qué es su modo regular de expresión, "su lenguaje mismo, el medio esencial de su actividad", razón por la cual el Estado moderno puede ser contemplado como "un conjunto legalmente dispuesto de órganos para la creación, aplicación y promulgación de leyes".¹³

III. CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DEL ESTADO Y DEL DERECHO NACIONALES

El apogeo del derecho nacional llegó con la consolidación del Estado luego del proceso revolucionario francés. ¿A qué se debió esta época de lucimiento jurídico del Estado?

Las explicaciones que desde la historia política y de las ideas políticas podemos dar son variadas, pero voy a centrarme en las que creo son las más evidentes.

El voluntarismo jurídico político

En primer término, la generalización de las ideas, las intenciones y las instituciones revolucionarias trajo consigo la abolición de los residuos del viejo derecho nacional de los Estados monárquicos del antiguo régimen, todavía impregnado de usos y costumbres no sistematizados. La identificación del derecho con la voluntad de los órganos estatales pasa a ser un hecho.¹⁴ Es lo que había sugerido el racionalismo voluntarista de Hobbes: para el súbdito, el derecho era "aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito (...) para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley".¹⁵

Esta concepción voluntarista del derecho aparejó la necesidad de sustituir el viejo derecho por uno nuevo, racional, escrito, codificado. En primer lugar, las constituciones nacionales ocuparán la cima del derecho nacional: la constitución organiza la vida colectiva de un pueblo sujetándola a reglas que se consideran fijas, estables, abstractas, supremas y legitimadoras en toda modalidad de derivación jurídica inferior. En segundo lugar, la reforma del viejo derecho abre paso a la sistematización y codificación del derecho privado en cuerpos unitarios, nacionales, cerrados y generales, siguiendo el modelo del Código Civil Francés de 1804, la obra impulsada por Napoleón, que da unidad nacional al derecho de los ciudadanos.

Un ejemplo vernáculo podemos hallarlo en la Constitución de 1853. Ella, como norma fundamental, era la base legitimadora de la "unión nacional" (Preámbulo) y la piedra angular del nuevo Estado (artículo 1º), hasta el punto que los estados provinciales debían sujetarse a sus principios fundamentales (artículo 5), Pero, por otro lado, la misma Constitución era la fuente de renovación del derecho interno, del derecho nacional, porque encomendaba al Congreso "la reforma de la actual legislación en todos sus ramos" (artículo 24) a través de la sanción de códigos fundamentales (artículo 67 inciso 11). Mas no se acaba con estas menciones el plan constitucional del derecho nacional: la Constitución, vértice de la organización jurídica estatal (artículo 31), permitía celebrar tratados con otros Estados, vecinos o lejanos, siempre que ese derecho convencional fuera conforme a los principios de derecho público establecidos por ella (artículo 27).

Tenemos así el cuadro perfecto del derecho nacional: *primero*, el derecho público constitucional es supremo, funda el Estado y lo dota de órganos de expresión de su voluntad jurídica (al Congreso); *segundo*, ese derecho constitucional fundamental es la base para el reconocimiento del poder jurídico político inferior de las provincias como órganos o sociedades infraestatales; *tercero*, el derecho interno debe ser reformado a la luz del mandato constitucional y debe ser codificado según las tendencias imperantes; *cuarto*, finalmente, el propio derecho público condiciona las relaciones jurídicas contractuales con otros Estados.

Pero en este desarrollo del Estado y del derecho nacional hay algunos aspectos que no podemos dejar de señalar. Por una parte, la reducción final de la nación al Estado; por otra parte, la reducción, también final, del derecho al Estado y del Estado al derecho.

13. Poggi, **El desarrollo del Estado moderno cit.**, p. 152.

14. Sobre el voluntarismo jurídico, André Vincent - Philippe, **Génesis y desarrollo voluntarismo jurídico**, Ghersi, Buenos Aires, 1978.

15. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Tecnos, Madrid, 1976, tm. II, p. 26.

Nación y Estado

Desde fines del x. XVIII la nación se convirtió en un concepto clave para entender los fenómenos histórico políticos, disputándose su significado dos grandes interpretaciones: la nación cultural, identificada con Alemania, que definía a la comunidad nacional por compartir la misma lengua, poseer las mismas tradiciones, creer en una misma religión, pertenecer a una etnia común; y la nación política, representada por Francia, que entendía a la nación como la persona moral que cobraba vida a través del Estado. Por su puesto que ambos conceptos tienen bastante de maniqueísmo si se los toma aislados, ya que la nación es ambas cosas, una comunidad tradicional preexistente que permita la convivencia política.¹⁶ El hecho es que el siglo XIX vio la imposición de la nación - Estado o política por sobre las expresiones de la nación - cultural, y con ello la generalización de la idea de que el Estado era la expresión de la nación, que vivía en y del Estado.

El concepto que Sieyès da de nación bien vale como compendio político e intelectual de este proceso: una nación es un conjunto de asociados que viven bajo una misma ley y representados por una única legislatura.¹⁷ La nación es esa sociedad moral que tiene referencia de sí misma porque la une la misma voluntad política (el Estado, que es la "legislatura"), voluntad capaz de igualar a todos los ciudadanos por medio de un derecho nacional estatal único (la "misma ley", que es el derecho). Así pues, la misma nación se define por la unidad jurídica garantizada por la unidad estatal.

Pero el proceso no se detiene aquí: un nuevo giro hace falta para que el derecho nacional no sea más que la representación de la voluntad estatal. La Teoría del Estado de fines del s. XIX y comienzos del s. XX vino en auxilio de esto. Pero es necesario separar la paja del trigo.

Rule of law

La conexión entre Estado y Derecho es afirmada como esencial a la modernidad y como regla del buen gobierno liberal. Sin embargo, es importante distinguir dos momentos iniciales de esta relación. La primera etapa es lo que los ingleses llamaron «rule of law» que constituye el modelo de las instituciones y del gobierno libre.¹⁸ En el sistema inglés, que tiene su punto culminante en la revolución de 1688, el gobierno es una institución del pueblo sometido al derecho común. Gobierno de las leyes y no de los hombres, leyes que son el decantamiento de la evolución histórica y que se acomodan a una constitución flexible. El gobierno no está por encima del derecho (como en el Estado moderno, que es legislador absoluto): se ocupa de los intereses colectivos sometiéndose al derecho común, donde no se conoce la distinción entre un derecho público eminente al que se subordina el derecho privado. Es, en cierta manera, la concepción de Locke, donde la libertad estaba garantizada por la propiedad y no por la ley ni el Estado. El gobierno de la ley hace que el gobierno político sea un "trust" o un "fideicomiso"; confiado por los representados a los representantes, el gobierno es responsable "virtualmente" ante toda la nación, aunque el representante haya sido elegido por un distrito particular, como adujeran primero Blackstone y luego Burke.

De esta manera, bajo el "rule of law" prevalece la sociedad sobre el gobierno a través del derecho, ya que el gobierno no hace más que prolongar los usos, las costumbres, los hábitos y las instituciones recogidas por la tradición. Lo fundamental está en que, bajo esta visión, la sociedad nunca será absorbida por el Estado, porque éste no crea el Derecho sino que lo recibe de la sociedad, de la historia, de la tradición.¹⁹

16. La literatura es amplísima, desde las obras señeras de Kohn y Hayes; en la actualidad no puede dejarse de señalar los siguientes textos: Benedict Anderson, **Comunidades imaginadas**, FCR, México, 1993; Marcel Gauchet, Pierre Manent y Pierre Rosanvallon (dir.), **Nación y modernidad**, Nueva Visión, Buenos Aires, 1997; Ernest Gellner, **Naciones y nacionalismo**, Alianza, Madrid, 1988; Eric Hobsbawm, **Naciones y nacionalismo desde 1780**, Crítica, Barcelona, 1997; Elie Kedourie, **Nacionalismo**, CEC, Madrid, 1988; y David Miller, **Sobre la nacionalidad**, Paidós, Barcelona, 1997.

17. Emmanuel Joseph Sieyès, **¿Qué es el estado llano?**, I.E.P., Madrid, 1950, p. 70.

18. La necesaria distinción entre Estado de Derecho y el «rule of law» se puede ver en Antonio-Carlos Pereira Menaut, **Lecciones de teoría constitucional**, 3ª ed., Colex, Irid, 1997, cap. 4.

19. Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado cit.*, ps. 140-146.

Estado de derecho

La idea del Estado de Derecho que aparece a fines del siglo XVIII, sin embargo, se debe a la concepción racionalista y moralista de Kant: estamos ya ante un Estado jurídico cuyo espacio estrictamente político (el de la soberanía) es organizado a través del Derecho Público que, desde el Estado, impregna y se difunde en la vida social y se convierte en obligatorio por su contenido moral. En esta idea hay varios aspectos que resaltar: el Derecho del que se habla no es el común o tradicional sino el racional o estatal, por lo que el Estado de Derecho consiste en la planificación de la sociedad a través de la legalidad portadora de la moralidad pública pero respetuosa de la autonomía moral individual; y como el Derecho sólo vale si es garantizado por el Estado, la coacción que sirve para aplicar la ley es también el requisito imprescindible para realizar la moralidad.

Asistiría, entonces, la razón a C. Schmitt cuando afirmaba que lo que conocemos como Estado de derecho no es más que un Estado legal, en donde todo criterio de justicia está subordinado a la seguridad que brinda la ley. Esto conduce a tener que introducir, dentro del concepto de ley ciertas cualidades que la hagan distinguible a la norma jurídica de un simple mandado a voluntad o una medida.²⁰ En este mismo momento surge la separación entre legalidad y legitimidad, en tanto que ésta ya no alude a un "derecho objetivo extraestatal sino a la moralidad de la política estatal según la opinión [estatal], no la del Derecho".²¹

El momento culminante de este proceso de racionalización del Estado y del Derecho se alcanza con Kelsen, en quien ambos elementos son ya indistinguibles: el Estado de Derecho crea el Derecho, encerrándose voluntariamente dentro de la jaula legal que él ha concebido, pues este derecho expresa formalmente la moralidad estatal. El Estado, por un lado, se reduce al Derecho; y el Derecho, por el otro, se confunde con el Estado ya que no es más que la instancia normativa de las conductas. El Estado es de Derecho no porque se someta al Derecho sino porque establece el Derecho.

El liberalismo, al unirse al positivismo jurídico, concibe al Estado como Estado de Derecho, es decir: un Estado que no tiene el monopolio del poder ideológico, porque ha reconocido a los individuos los derechos civiles que hacen a ello (libertad religiosa, libertad de opinión); un Estado que ha perdido el monopolio del poder económico mediante la concesión de las libertades económicas; un Estado de Derecho que sólo conserva el "monopolio de la fuerza legítima" (Weber), pero limitado y restringido por el reconocimiento de los derechos del hombre, que aseguran la libre circulación de los individuos, las ideas y los bienes.²²

La frustración del Estado de derecho

La finalidad del Estado está implícita en la razón por la cual se lo constituye: asegurar la libertad y los derechos individuales, naturales, anteriores al Estado mismo. Sin embargo, este sustento ontológico y axiológico del Estado de Derecho se irá perdiendo en la medida que deja de estar condicionado por fines que le trascienden. El primer paso lo dará la doctrina alemana de la autolimitación del Estado que entiende al precepto legal, la ley, no como un a priori, sino como un derecho creado por el mismo Estado. El Estado sigue actuando según la ley y se halla limitado por ella; pero como la ley deriva su autoridad del poder originario del Estado, las limitaciones resultan autolimitaciones.²³ El Estado, dirá Jellinek, sólo se obliga por declaración de su voluntad y sólo se limita por su propio orden jurídico. El Estado está auto-obligado respecto a su derecho.²⁴

Pero falta un paso más en esta evolución que desnaturaliza al Estado de Derecho, y es el que dará Kelsen al identificar Estado y Derecho, donde todo derecho es legal, por ser estatal. Para Kelsen, la antítesis o contraposición entre Estado y Derecho, desgarró la unidad del sistema jurídico a través del dualismo. Para superar esta antítesis no hay más que unificar ambos términos; en consecuencia, el Estado de Derecho no es más un orden estatal con un contenido específico que el Derecho precisa, "sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del ordenamiento jurídico".

20. Cari Schmitt, *Teoría de la constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p. 161.

21. ídem, p. 200.

22. N. Bobbio, "Liberalismo viejo y nuevo", en *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, p. 90.

23. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado cit.*, p. 159.

24. Jellinek, *Teoría general del Estado cit.*, ps. 277-279.

Kelsen admite que este concepto positivista sea exclusivamente formal y que no tiene vinculación con el derecho natural: todo Estado es Estado de derecho, "puesto que todo Estado tiene que constituir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método —autocrático o democrático— de su creación y cualquiera que sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente".²⁵

Se llega de esta manera a un concepto vacío, aplicable a cualquier organización, incluso a aquellas que no respetan principio alguno: en aras de la racionalidad, la legitimidad que antes se apoyaba en la reafirmación de la libertad y los derechos individuales, se ha convertido en equivalente de la pura juridicidad.²⁶ Contra esta tendencia, en 1946 Radbruch escribiría, con la experiencia totalitaria aún fresca, que era indispensable restablecer la "seguridad jurídica" contra la "arbitrariedad legal".²⁷

IV - LOS PUNTOS DE FUGA Y LA CRISIS DE LOS DERECHOS NACIONALES

Las grietas del derecho nacional

Este edificio, que parece tan sólido, en el cual han quedado vinculados de manera circular y singular la nación con el Estado y el Estado con el derecho, resumiéndose éste y aquélla en el término común que los liga: el Estado; este sólido edificio, digo, tuvo siempre grietas. En otras palabras, siempre hubo la posibilidad de escapar de las garras del Estado e invocar algún derecho, alguna instancia de valor moral o jurídico supranacionales.

Aún en la época de apogeo del Estado el derecho nacional podía ser superado, evadido o criticado, cuando no reformado, desde niveles suprajurídicos y supraestatales. Me limitaré a señalar tres casos que me parecen sintomáticos de esta situación.

En primer término, el derecho nacional era agrietado por las ideologías que invocaban principios históricos, filosóficos y políticos superiores a la organización estatal nacional. Véase, por ejemplo, la universalidad de las declaraciones de derecho del liberalismo; o recuérdese el grito marxista contra la explotación internacional del proletariado. Una y otra ideología influyeron sobre los derechos nacionales sometiéndolos al vaivén de sus consignas transformadoras.

En segundo término, el derecho nacional podía ser, en algunos casos, no más que el remedo de otro derecho nacional, un derecho "importado". En el siglo XIX se divulgó la moda de la copia, la imitación o la adopción de instituciones y principios jurídicos tomados de otros derechos nacionales o de las ideologías que los inspiraban. Así, en Argentina, la querella escolar instalada por la generación del '80 no hace más que trasladar la polémica similar de la república francesa²⁸; y los debates sobre el divorcio de comienzos de fines de siglo y comienzos de éste toman como baremo las medidas legislativas de otros Estados.²⁹

Pero más claro aún es el ejemplo de la difusión del Código Civil Francés de Napoleón en la Europa del s. XIX. El caso de la Federación Renana, estudiado por Elisabeth Feherenbach.³⁰ muestra cómo se puede trasplantar normas pensadas para una sociedad burguesa e individualista a una sociedad histórica con un desarrollo social y político distinto, que mantenía rasgos feudales y tradicionales.

Finalmente, en tercer lugar, la misma soberanía estatal que fundaba el derecho nacional podía ser condicionada o limitada por instituciones internacionales o supranacionales organizadas en defensa de intereses que superaban a un sólo estado. Con la misma modernidad, la escuela española de la escolástica tardía ya estaba ideando la formación de una comunidad internacional.

25. Hans Kelsen, **Teoría general del Estado**, Ed. Nacional, México, 1959, p. 120.

26. García Pelayo, **Derecho constitucional comparado cit.**, p. 161.

27. Gustav Radbruch, **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 43.

28. Carlos Floria, "El clima ideológico de la querella escolar", en Gustavo Ferrari y Ezequiel Gallo (comps.), **La Argentina del ochenta al centenario**, Sudamericana, Buenos Aires, 1980, ps. 851-869.

29. República Argentina, **Divorcio. Debates en la Cámara de Diputados. Publicación Oficial**, El Comercio, Buenos Aires, 1902.

30. Elisabeth Feherenbach, **Sociedad tradicional y derecho moderno**, Alfa, Alfa, Buenos Aires, 1980.

Desde este precedente hasta la actual Organización de las Naciones Unidas, la modernidad estatal y jurídica siempre imaginó y diseñó un derecho supranacional y un sistema político jurídico que superara las fronteras estatales.

La crisis del derecho nacional

Hemos visto cómo el derecho nacional se convirtió en la emanación de la voluntad estatal que creaba el derecho en nombre de la nación. También pudimos observar cómo ese derecho nacional se agrietaba por imperio de principios, ideologías o instituciones que excedían los intereses jurídicos y políticos de un Estado. Sería un error interpretar esta ambigüedad como consecuencia de modelos contrapuestos; son dos facetas de la modernidad que, en su ambivalente constitución, apunta al desarrollo de dos movimientos contradictorios: el que fortalece al Estado nacional y al derecho estatal; y el que impulsa la limitación de la soberanía estatal mediante la generación de formas jurídico política supranacionales y supraestatales.

La sensación que existe a fines del s. XX es precisamente la de la crisis de los derechos nacionales, porque el péndulo de la modernidad está ahora del lado de la globalización y de la mundialización del derecho y de lo económico. No puede dejar de señalarse que, en alguna medida, esta impresión resulta de la crisis y transformación del Estado de bienestar, del empequeñecimiento del Estado.³¹ Giddens, haciendo referencia a la incómoda posición del Estado en esta época de globalización, tiene dicho que: "Dentro de las circunstancias de acelerada mundialización, el estado nacional se ha hecho «demasiado pequeño para abordar los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de la vida».³² Al mismo tiempo que las relaciones sociales se extienden lateralmente, y como parte del mismo proceso, observamos la intensificación de las presiones que reivindican la autonomía local y la identidad cultural regional".³³

¿Cómo ha influido este proceso en los derechos nacionales? Me parece que la intensificación de los puntos de fuga, que el avanzado agrietamiento del derecho nacional responde, en alguna manera, a las mismas tendencias que señalamos anteriormente, sólo que ahora les damos mayor importancia debido a que hemos tomado conciencia de la crisis estatal. Quiero dejar para el final el análisis de algunos fenómenos que aparecen como síntomas de esta crisis.

En la época de la supremacía del derecho nacional, éste representaba los valores de un Estado de ciudadanos, valores que definía el propio Estado a través de mecanismos institucionales y de acuerdo a las ideologías en boga. ¿Qué valores representa hoy el derecho?

La crisis interior

Por lo pronto, el mismo derecho nacional se ha vuelto vago, impreciso y abundante como para dar seguridad de ser el símbolo de la unidad estatal. No sería errado sostener hoy la crisis de la codificación y del valor simbólico del derecho nacional, como resultado de la dispersión y vulgarización del derecho interno por la utilización de la ley para todo fin. Un autor español señala que la ley ha dejado de ser el mayor escudo de la libertad para convertirse en uno de sus peores enemigos. En su opinión, hoy la ley es "un medio técnico de la organización colectiva", "un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía".³⁴ La ley ya no dice nada de la unidad estatal sino de la competencia de intereses parciales incapaces de conciliarse o de ser conciliados por la voluntad estatal.

Se presiente que el derecho es el producto formal del Estado pero el resultado material de una puja de intereses que ese Estado no puede dominar, que la ley refleja situaciones de poder cambiantes y contradictorias, por lo que ya no puede ser estable ni general.

31. La literatura sobre el tema es vasta. A modo de síntesis, cfr.: Michel Crozier, **Estado moderno, Estado modesto**, 2ª ed., F.C.E., México, 1992; y Anthony de Jasay, *El «Estado»*, Alianza, Madrid, 1993.

32. Daniel Bell, "The world and the United States in 2013", *Daedalus*, 116 (1987).

33. Giddens, **Consecuencias de la modernidad** cit., p. 68

34. Eduardo García de Enterría, **La lucha contra las Inmunidades del poder**, Madrid, 1974, ps. 79 y ss.

La democracia universal

Otro síntoma de esta crisis es la generalización de ciertos valores y formas políticas hasta volverse ideología, como sucede con la democracia. No se trata, tan sólo, de que con la caída del comunismo el liberalismo democrático parece haber quedado como la única ideología viva y con capacidad de responder a las necesidades de una sociedad burguesa y de unos individuos consumidores, como supone Fukuyama. Lo que Fukuyama trasluce es una situación «ideal» en la que el liberalismo democrático se ha tomado en la ideología de consumo masivo y ha generado un mundo donde reinan la mediocridad y el conformismo; donde la autoestima y el igual reconocimiento son sólo mensurables exteriormente, materialmente, por la posesión de bienes y comodidades, según el concepto burgués del individuo propietario y el modelo de la juventud americana "Para ellos, la idea liberal de llenar su vida con adquisiciones materiales y ambiciones seguras y probadas parece haber funcionado incluso demasiado bien. Es difícil detectar grandes ansias insatisfechas o pasiones irracionales atisbando por detrás del joven que acaba de entrar en un bufete de abogados".³⁵

Se trata de algo más: estamos frente a la universalización de la democracia como estilo de vida y como mecanismo institucional de la convivencia, pues esta visión vulgar no es más que la consagración de la política americana y del *American way of Ufe*. El demoliberalismo se ha convertido en una nueva ciencia política: la **americanología**, según lo propone Molnar.³⁶ Y el derecho, tanto el público como el privado, se ve sometido a las tendencias de la americanización de la política y a la versión americana de la democracia y de los valores democráticos. Así, el nuevo derecho económico sigue los pasos de las privatizaciones y de la revolución financiera del capitalismo anglosajón;³⁷ y a los países que han salido de sistemas autoritarios y totalitarios se le venden recetas confeccionadas en los Estados Unidos sobre cómo instaurar la democracia y cómo gobernarla aunque se carezca de la experiencia para ello.³⁸ Los Estados, explica Sartori, deben acomodarse a los imperativos del vencedor absoluto de 1989: la democracia liberal, lo que significa imponer en su interior la legitimidad democrática, porque "la geografía de la democracia se irá extendiendo en sintonía con la geografía de la modernización".³⁹

El humanitarismo mediático

Persiste en nuestro fin de siglo, por otra parte, la invocación a principios suprajurídicos, superiores a cualquier derecho nacional, como sucede con los derechos humanos, difundidos y defendidos con el tono pintoresco del humanitarismo. Es sabido que desde los 70 los derechos humanos se enarbolaron como un estandarte que, más allá de los límites del Estado, imponía una exigencia internacional, demandando su respeto independientemente de lo que dispusieran los derechos nacionales. Poco importó que estos derechos se interpretaran de manera diversa conforme fuera su fundamento y su tendencia ideológica⁴⁰; lo que nos interesa es verificar que en nombre de esos derechos se derriban fronteras, se interviene en los Estados y se reforma el derecho nacional.

El humanitarismo ha jugado en esto un gran papel⁴¹: socorrer a los necesitados, auxiliar a las víctimas de desastres y guerras, proteger al desamparado, requiere de cierto *travestismo político*, para justificar este nuevo derecho/deber de injerencia con un rostro angelical, como se vio en la Guerra del Golfo o en la invasión norteamericana de Panamá en diciembre de 1990. Esta paradoja sólo es posible gracias al imperio de los medios, a la vida mediática.

35. Francis Fukuyama, **El fin de la historia y el último hombre**, Planeta, Barcelona, 1992, p. 445.

36. Thomas Molnar, "Pour l'américanologie", en **Le Monde**, 3 de mayo de 1990.

37. Cfr.: Michel Albert, **Capitalismo contra capitalismo**, Paidós, Buenos Aires, 1997.

38. Me refiero, entre otros, al escandaloso libro de Samuel P. Huntington, **La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX**, Paidós, Buenos Aires, 1994.

39. Giovanni Sartori, **La democracia después del comunismo**, Alianza, Madrid, 1994, p.15. Prácticamente hoy nadie desmiente este juicio y hasta los antiguos socialistas (cualquiera sea su vieja tendencia) se han subido al democrático tren de la historia; véase, por ejemplo, la opinión optimista de David Held, **La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita**, Paidós, Barcelona, 1997.

40. Cfr. Carlos I. Massini - Correas, **Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo**, s/e, Santiago de Chile, 1989.

41. Cfr. Jean-Claude Guillebaud, **La traición a la Ilustración**, Manantial, Buenos Aires, 1995, ps. 57-84.

Según lo percibe Debray, el humanitarismo supone una nueva norma jurídica sostenida por una nueva capacidad técnica, la del atravesamiento de los límites nacionales por las ondas hertzianas. El nuevo derecho del humanitarismo intervencionista genera la impresión visual, abstracta e irreal, de que los hombres formamos una gran familia para la cual no hay fronteras ni Estados.

El humanitarismo, devenido en ideología, nos hace creer en la realización de la justicia, razón de ser del derecho, porque lo visual, que apela a los sentimientos antes que a la razón, disuelve la heterogeneidad humana en una homogeneización mediática.⁴² La humanidad inventada por la televisión es falsa; pero la intervención humanitaria es real. Kosovo nos lo está demostrando de manera desgarradora.

V - ¿EL FIN DE LA TERRITORIALIDAD?

Finalmente, no puede obviarse el efecto de la globalización en la destrucción de las formas tradicionalmente estatales de percibir lo político. La globalización no es únicamente un expediente económico que conduce a la concentración de capitales, al imperio de las finanzas y a la integración económica; es mucho más que eso: es un proceso de destrucción y superación, no sin contradicciones, del viejo Estado nacional soberano. La globalización no se hace patente tan sólo por la existencia de problemas que superan las fronteras del Estado (la ecología, el narcotráfico, el terrorismo internacional, la corrupción); siempre han existido problemas transnacionales.

Vivimos en un mundo que se caracteriza por la ubicuidad de las relaciones y la interdependencia; las naciones han estallado en múltiples intereses organizados que se ajustan en un proceso de microdecisiones en las que el territorio no juega ya ningún papel o cumple un rol secundario. Esta es la tesis de Guéhenno⁴³, que podemos traducir como la destrucción de la esfera pública estatal y la consiguiente mezcolanza de diferentes niveles de la vida antes reputados distintos y separados. Por eso el desajuste entre el Estado y la realidad, la inadaptación de las instituciones estatales a un mundo unificado y a la vez privado de centro.

Para Guéhenno asistimos a una superación de la "evidencia territorial" del Estado, rebasado por "agolpamientos temporales de intereses" constituidos en torno a una "economía inmaterial de la información". La vieja nación Estado está en decadencia ante las nuevas formas económicas que no están atadas al fundamento territorial de la modernidad política. La economía se ha vuelto inmaterial, no ligada al territorio; la riqueza es cada vez más intangible, debido a la revolución informática y mediática. Un ejemplo lo ilustra: la crisis del poder fiscal del Estado, porque el impuesto sólo tiene sentido dentro de una demarcación territorial que grava los bienes, las personas o las transacciones. Hoy tenemos: movilidad humana, movilidad del capital y una dislocación del valor agregado. De aquí se deducen nuevos inconvenientes para el Estado: la difícil gestión del gasto público; la ineficiencia de los controles tradicionales; la quiebra de la solidaridad fiscal ante la desconfianza en la administración estatal; la angostura del Estado - nación Para adaptarse a la creciente integración del mundo; etcétera.

Ya no existe eso que llamábamos "el interés nacional" sino una multitud de enfrentamientos particulares, de percepciones simplificadas y fragmentarias ("mediáticas"), de reglas y no de principios. Es que la crisis de la concepción espacial de la política influye decisivamente en la manera de adoptar las decisiones. Ha muerto la lógica "institucional que guiaba al Estado y el poder y la fuerza se han desbocado. "Cada poder llega al extremo de su poder; si no fuese así, el poder sería limitado por el poder, puesto que algunos poderes ocuparían inmediata mente el espacio de poder dejado vacante por la inútil abstención de otro poder".⁴⁴

42. Régis Debray, **El Estado seductor**, Manantial, Buenos Aires, 1995, ps. 108-111.

43. Jean-Marie Guéhenno, **El fin de la democracia**, Paidós, Barcelona, 1995.

44. ídem, ps. 40-41.

Lo que el autor augura es el advenimiento de una "era imperial" y la muerte de la "era institucional", republicana; una era de "reglas" en lugar de una era de "principios". Será un imperio sin emperador porque el nuevo mundo será relacional, universal, abierto; reemplazará a las organizaciones territoriales, geográficas, cerradas, soberanas. De fronteras deslizables, dominado por la ubicuidad jurídica, el nuevo imperio aparece como una red de acuerdos organizadores de la compatibilidad entre unidades abiertas. No se trata de una super-nación ni de una república universal; es un imperio, porque la idea de un grupo se ha vuelto problemática, ya no hay cuerpos constituidos, pues la complejidad trae consigo lo inacabado y el desequilibrio. "Entramos en la era de los sistemas abiertos, ya se trate de Estados o de empresas, y los criterios del éxito son lo opuesto a los de la era institucional y de los sistemas cerrados. El valor de una organización no se mide ya por el equilibrio que intenta establecer entre sus diversos componentes —dice Guéhenno— no por la nitidez de sus fronteras, sino por el número de aperturas, de puntos de articulación que ella mantiene con todo lo que le es exterior".⁴⁵

El cambio de legitimidad en la era de las redes supone el fin de la política tradicional, porque las instituciones ya no crean la pertenencia sino que ésta es la que hace aceptar los condicionamientos institucionales. No importa quién impone las normas; cualquier norma, sea estatal, sea empresarial, no es expresión de soberanía sino reducción de incertidumbre y, por lo tanto, disminuye el coste de las transacciones y aumenta la transparencia. Es decir: lo que importa es la regla, no quien la admite, porque hoy las instituciones no responden a ninguna arquitectura clara al escapar a toda lógica territorial. Inclusive hay una pluralidad de instituciones, una competencia institucional que responde a una variedad de estructuras que se solapan sin superponerse como consecuencia de este mundo multidimensional, no cerrado territorialmente. Y a mayor dimensión universal de los problemas, menor importancia de la determinación geográfica de las reglas.

La desaparición de las fronteras en la era postnacional genera un nuevo tipo de inseguridad, que ninguna soberanía puede colmar. La ciudadanía se desvanece y lo funcional es lo compatible con las reglas. Por lo tanto, la legitimidad en sentido tradicional desaparece: en una era relacional, todo conduce hacia un mundo de normas universales, en donde cada vez es más importante la conexión eficaz local de los nódulos relacionales. No hay que confundir: no se trata de un cuerpo político mundial sino de "un tejido sin costuras aparentes —afirma Guéhenno—, una aglomeración indefinida de elementos interdependientes",⁴⁶

Así, pues, el derecho nacional está en crisis. Incapaz de responder a la fragmentación de las sociedades nacionales, ha perdido lo que en un momento le dio legitimidad: el ser asumido como el símbolo de unidad nacional estatal. Sometido, como el Estado al que responde y pertenece, a innumerables factores de deterioro, el derecho nacional está bombardeado por la nueva ola democrática y por la injerencia mediática humanitaria. Afectado por la globalización, ha perdido su dimensión territorial, anunciando una nueva era de inseguridad jurídica.

No sé si el mundo será como lo describe Guéhenno. Pero sí tengo su misma sensación, la sensación de que todo se ha vuelto fluido; que el derecho ya no determina un espacio, porque no hay espacio definitivamente fijado.

45. ídem, p. 73.

46. ídem, p. 63.