

Litigio y apelación: aportes para un análisis procedimental del Estado de derecho

POR **CLAUDIO CONTRERAS** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Discusión crítico-metodológica: los problemas del análisis filosófico y la historia conceptual, frente al análisis procedimental-procesual del derecho.— III. La modernidad como crisis de la autoridad en tres momentos: el Árbitro, el Tribunal civil, el Estado de derecho.— IV. De la autoridad soberana a la sociedad civil: “arbitrio arbitrario” en Hobbes y Locke.— V. La personalidad del Estado como síntesis del modelo contractual y el modelo civil.— VI. La personalidad en el Estado de derecho: la disolución de la autoridad arbitraria y el surgimiento de las “reglas” (Maßnahmegesetze, dispositions, rules).— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el artículo presente vamos a analizar los antecedentes del concepto del Estado de derecho que operó durante el siglo XIX en términos de una reflexión retrospectiva. Para ello vamos a establecer una discusión crítica con los métodos de la historia y análisis conceptual en vistas de formular un problema procedimental: la cuestión del pasaje del conflicto civil al litigio a través del recurso de apelación a la autoridad. Los antecedentes procedimentales del Estado de derecho son los siguientes: el Árbitro en el contractualismo (Hobbes), el Juez en la sociedad civil (Locke), la Personalidad en el Estado constitucional (Hegel). A partir de los problemas derivados de estos antecedentes, por último, vamos a referir de un modo sumario el modo en que la cuestión es formulada por la tratadística del siglo XIX en torno al Estado de derecho: en ella se devela una crisis del concepto jurídico de la autoridad.

Palabras claves: estado de derecho - autoridad - ley - regla - sociedad civil

Litigation and appeal: contributions to a procedural analysis of the rule of law

(*) Abogado de la Universidad Nacional de la Plata. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de la Plata. Prof. Titular de Derecho Político y docente investigador, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, UNNOBA.

Abstract: *in the present article we are going to analyze in terms of a retrospective reflection the background on the concept of "Rule of law" that has operated in the XIX century. For that we going to establish a discussion with the methods of conceptual history and analysis on view to formulate a practical problem: the question of the transition from civil conflict to the lawsuit trough the resource of appellation to authority. The practical antecedents of Rule of law concept are the next: the Arbiter on contractualism (Hobbes), the Judge on civil society (Locke) and the Personality on the constitutional State (Hegel). Starting from the problems that we can derive from these background, for the last, we going to refer in a summary way the manner in which the question of lawsuit has been formulated by the XIX century thinkers of Rule of law: in there we can refer a crisis on the concept of authority.*

Keywords: *rule of law - authority - law - rule - civil society*

I. Introducción

La sociedad civil como punto intermedio entre el discurso contractualista y el Estado de derecho.

En el siguiente artículo vamos a esbozar en términos generales lo que fue la primera etapa de nuestra actual investigación en torno al concepto del Estado de derecho (*Rechtsstaat, Rule of law, Etat de droit*): esta conciernen al análisis retrospectivo de la génesis procedimental del concepto en sus tres formulaciones a inicios del siglo XIX: aquella alemana por Von Mohl y aquellas, más tardías, de Dicey en Inglaterra y Carré de Malberg en Francia. Nos detuvimos ante todo en la confrontación directa de tales formulaciones con un concepto del contrato y del pacto originario, así como de la soberanía que podemos hallar en Kant, en Rousseau y en Hobbes de modos diversos. Este artículo se va a ocupar de especificar aquello que en la investigación solo pudimos indicar de forma sumaria: nos referimos al pasaje histórico y a los conflictos que operan el tránsito de una teoría contractualista de la soberanía al concepto del Estado de derecho como auto-limitación soberana. Este tránsito concierne a la formación del concepto de sociedad civil: vamos a detenernos entonces en el modo en que en Francia, Inglaterra y Alemania fue formulado este concepto como un índice de conflictos que tiene la forma del litigio y la apelación: en Francia con Rousseau, (al cual confrontan Sieyés, Guizot y Hauriou); en su formulación anglosajona con Locke (que es discutido por Ferguson, Bentham y Austin); y en Alemania con los estado jurídicos de Kant y Hegel (disputados por Petersen y von Mohl, Von Stein y Marx). Un análisis sumario de la reducción de la sociedad civil, o bien a la política estatal, o bien al gobierno económico nos va a permitir entender el punto medio que el Estado de derecho va a formular entre la noción política (contractual) y la noción económica (civil) de la misma. Como veremos, el concepto del Estado de derecho del siglo XIX va a ser de

algún modo el mediador administrativo (“económico”) y regular (“político”) entre el poder soberano y la sociedad civil a través de la legalidad.

II. Discusión crítico-metodológica: los problemas del análisis filosófico y la historia conceptual, frente al análisis procedimental-procesual del derecho

El análisis de lo que podríamos llamar previamente el pasaje del contractualismo a la formulación del Estado de derecho a través de la formación del concepto de sociedad civil supone una doble discusión antecedente: en primer lugar una discusión con respecto al modo en que los análisis jurídico-filosóficos plantean la cuestión en términos de la doctrina misma supuesta en tales conceptos; en segundo lugar con respecto al método que la historia conceptual implementa en vistas de abordar la formulación genética de tales conceptos. Esta distinción, en principio, tendría que referirse simplemente a diferenciar entre un análisis estático que se sirve de los conceptos en vistas a formular lo que sería de algún modo la teoría subyacente a tales conceptos (contrato, sociedad civil, Estado de derecho): por ejemplo, delimitar una lista acotada de requisitos que darían de algún modo la fórmula del “republicanismo” a través de la extensa tradición que se sirve de uno u de otro modo del lema según el cual es preciso que rija “el gobierno de las leyes, no de los hombres”. En segundo lugar se trataría, en cambio, de un análisis genético: análisis abocado ante todo en las grandes rupturas desde las cuales no podría decirse que es el uso del mismo lema o palabra de forma recurrente lo que nos importa, sino más bien el lugar que ocupa en un campo de enunciación bajo supuestos conceptuales a la vez específicos y endebles: no es lo mismo sin duda, decir que rige el gobierno de las leyes por sobre el de los hombres si con ello refiero a una ley comprendida como un mandato divino o trascendente del Legislador, o si con ello comprendo una regulación inmanente de la misma soberanía a través de mecanismos administrativos contingentes.

El primer modo de análisis lo hallamos sin duda más abocado al comentario detenido de los autores más eminentes en el análisis de los supuestos filosóficos del derecho como si fueran contemporáneos: es decir, sean estos autores clásicos (Hegel, Bentham, Locke), sean autores recientes (Raz, Dworkin, Hardt) estos análisis van a discutir con ellos de forma directa (es, sin duda, el aporte local del germanista Dotti en sus análisis sobre Hegel y Schmitt, y de Samuel Rosler en sus actualizaciones sobre el derecho estadounidense de la escuela de Hardt). El segundo modo de análisis se concentra, en cambio, en llevar a cabo una documentación, no del material de archivo, sino de los tópicos de enunciación donde pueden identificarse rupturas singulares en la semántica de los conceptos: identificación que, sin duda, apuntaba en principio a una reconstrucción de los grandes entramados conceptuales pero que, se ve diferida, o bien en una identificación exhaustiva de

los conceptos específicos (donde la diferencia entre *Grundbegriff* y *Grenzbegriff* se ve disuelta) o bien en una multiplicación de las rupturas históricas en la búsqueda de los antecedentes de un concepto (por ejemplo el de soberanía popular de la revolución francesa a la neo-escolástica española, de esta a sus formulaciones en el pensamiento medieval post-tomista, etc.) como se multiplicaban las hipóstasis al infinito en los sistemas neoplatónicos. De modo que no parece ser una falla, sino la culminación de este proyecto la supuesta “recaída” en un diccionario conceptual (como aquel que realizó Koselleck en Alemania, y Fernández Sebastián emuló con los “Iberoconceptos”); aunque también pueden verse propuestas analíticamente más ambiciosas en las disputas en torno al neo-revisionismo constitucional entre Elías Palti, Francois-Xavier Guerra (Palti, 2007: 25).

Ahora bien, no hace falta hacer una lectura muy atenta de tales analíticas para percatarse de que, aun cuando estas se formulan en un paralelismo formal según el cual sus indagaciones podrían correr libremente sin tocarse, no dejan de referirse la una a la otra: por un lado la historia conceptual denuncia, hasta el hartazgo, el hecho de que el supuesto de una tradición continua refiere más bien a la “historia de las ideas”, cuyo núcleo invariable vendría a ser dispuesto por una serie de usos históricos incongruentes; por otro lado, la analítica filosófica denuncia a la historia conceptual mostrando que ésta es incapaz de indicar con respecto a la formulación presente de los conceptos en su vigencia actual no más que su precariedad, su contingencia y abriendo una especie de indeterminada incertidumbre con respecto a cualquier diferenciación en el análisis político. En fin, la historia conceptual tienta de develar el equívoco conceptual de las reactualizaciones que tienta de llevar a cabo la historia “militante” recurriendo al archivo de autor (pensemos en la intrincada disputa entre Palti y Laclau o los “neo-marxistas”), a lo que los comentaristas de autor responden replicando la tentativa de reducir los conflictos vigentes a un análisis historiográfico y aún meramente conceptual (pensemos en las réplicas de Tarcus a Palti).

Pero lo que el cruce evidencia no es simplemente una confusión temática de los análisis, sino cierta complementariedad funcional sobre la que estos pueden operar a nivel de lo que los mismos hacen: en otros términos, yendo de algún modo en contra de lo que las mismas disciplinas se proponían, el análisis filosófico al no dejar de comentar en una hermenéutica incesante, reactualiza de algún modo *de forma discontinua* la potencia de enunciación de los textos clásicos, y la historia conceptual no deja de documentar de forma retrospectiva los mismos textos, como un epígono que tienta, sin nunca lograrlo, llegar al presente de *forma retrospectiva* hasta fecharlo y enterrarlo en la línea quebrada de los archivos históricos.

La cuestión, sin embargo, es paradójica, ya que en cierto punto *nada de esto le preocupa al derecho*: se trata de dos análisis escolares, uno de índole filosófica

que se enfrenta a la tradición en un continuidad indefinida, otro de historia conceptual, que intenta delimitar una serie de rupturas de forma retrospectiva identificando en los discursos históricos lo endeble de los conceptos. Mas la paradoja reside en que, de un modo u otro, el derecho es una disciplina que no se vale simplemente de sí misma para proceder: a diferencia de las ciencias humanas más próximas, como la economía, la biología o la lingüística, no es posible en el derecho distinguir entre el sistema científico de supuestos axiomáticos, y la axiología que permite su aplicación a nivel tecnológico (Bunge, 1997: 35): de allí que el derecho no pueda reducirse a la mera legalidad como un aparato axiomático formal, sino que tenga que referirse de forma incesante a un aparato de legitimidad que no remite simplemente a una valuación axiológica que traduce los supuestos axiomáticos y los interpreta: es a la inversa. De allí que este tipo de análisis de índole filosófica o de la historia conceptual se introdujeron en el discurso mismo del derecho cada vez que se apela a una disputa en torno al modo en que se produce el pasaje supuesto de lo formal al contenido: pero este procedimiento de justificación retrospectiva es solo un artificio del que hay que cuidarse si es que el derecho tiene que aparecer para nosotros aun como un problema, y no como algo que haya que “fundamentar” o, peor aún, “justificar”.

Y esto plantea un dilema, ya que, fuera de estos análisis filosóficos o historiográficos, la ausencia de precauciones metodológicas pueden llevar fácilmente a recopilaciones sin duda exhaustivas y detalladas (pensemos sin duda en los aportes de Levaggi, Zaffaroni o Arnedo a la jurisprudencia como ausentes de un rigor metodológico en el abordaje de su contenido crítico que llevan a las simples “compilaciones” o, peor aún, al cientificismo obsoleto de los “manuales” de derecho que mezclan tendencias epistemológicas como el “positivismo”, el “romanticismo”, el “utilitarismo” el “clasicismo”, con tratamientos de materiales casuísticos concretos reduciendo lo procedimental a una tipificación ideal. Dilema al que, sin embargo, no estamos en condiciones de responder al nivel de un análisis local de los problemas que trae el estudio procedimental del derecho en Sudamérica a nivel historiográfico retrospectivo, partiendo del derecho colonial, y menos aún del estatuto actual de la jurisprudencia. La elección del problema del Estado de derecho tiene al menos la ventaja estratégica de comprender un concepto que, hacia fines del siglo pasado tentó de ser elevado a la escala internacional-global, cuyas consecuencias modificaron de forma directa a la inmersión de los denominados países en desarrollo en el proceso de mundialización: apuntamos, entonces, a las consecuencias de tales transformaciones en la contemporaneidad y en la jurisprudencia local de un modo indirecto.

Ahora bien, aun en este corte temático restringido que va a partir de un concepto en apariencia extrínseco a los problemas de la disputa local, la discusión no deja de ser ineludible si pretendemos evitar mantenernos en la línea de un análisis

aislado, sea por el lado de una analítica filosófica del primer tipo, sea por el lado de una analítica al nivel de la historia conceptual del segundo tipo, evitando las inevitables confrontaciones mutuas con respecto a la índole del objeto “derecho”. Discutir no es aquí refutar por el simple impulso de competir, o, peor aún, deconstruir a nuestros contemporáneos de una forma más o menos artificiosa; tampoco vamos a intentar una suerte de síntesis difusa de los aportes “positivos” de cada uno: se trata, en cambio, de pararnos ya de supuesto en la reformulación de sus aportes y tomar a los mismos como problemas, a la vez formales-analíticos, y referidos al contenido del objeto analizado. Esto, en principio parece ser “obvio”: para dar una definición del objeto en términos filosóficos (como la primera analítica lo pretende a través del comentario) tiene que haberse recorrido previamente el análisis retrospectivo (que la segunda analítica detenta a través de la enunciación documentada). Ahora bien lo que desplazamos es el modo de análisis del “texto” y el “contexto”, de la “letra” y el “escolio” a la especificidad del derecho, en la relación entre procedimiento y proceso. Análisis que sin duda apunta desde y hacia las formas vigentes en que el concepto se formula en una instancia procedimental siendo susceptible de generar o no un consecuente proceso jurídico identificable como “caso”. Pero el modo del análisis procede entonces a la inversa: parte de los procesos tomados como datos y va hacia los procedimientos que los hacen posibles y los generan como derecho.

Sin duda el medio de estos análisis es el lenguaje: se trata entonces de procedimientos de enunciación y de procesos discursivos que se generan a partir de ellos, pero donde lo determinante es el derecho mismo como campo efectivo procedimental y procesal que opera a través del medio lingüístico, (tomando por supuesto que la relación entre derecho y lenguaje no se halla aún formulada de un modo ni siquiera sumario). La cuestión, entonces, no está en determinar ya si el comentario es fiel a la fuente de la autoridad, o si el análisis conceptual es susceptible de restituir a su lugar la enunciación impersonal de un concepto histórico que comprende en sí una semántica contradictoria: *si no volvemos a ese punto en que, aún, el decir derecho autoriza, es decir, suspende el conflicto y lo convierte en litigio por medio del establecimiento de instancias de apelación*. De lado de la escuela, en cambio, el conflicto es ineludible: y, como es sabido, de ciertos autores (Averroes, Shakespeare, Aristóteles) se ha dicho con recurrencia que no eran una, sino muchas manos escribientes, para las cuales la disputa incesante y el debate continuo de las escuelas nunca acababa: unas manos, sin duda, seguirían corriendo tinta al comentario, las otras, en cambio, tratarían de sellar y datar qué golpes de la tinta fueron posibles y cuando: lo que es evidente, sin duda, es que ninguno de los dos, autor o función de autoría, puede tocar algo así como la letra de la ley.

III. La modernidad como crisis de la autoridad en tres momentos: el Árbitro, el Tribunal civil, el Estado de derecho

“Es imposible —afirma en la introducción— estudiar la realidad humana sin entrar, en primer lugar, en contacto con el fenómeno del ‘derecho’. Esto es verdadero ante todo si se considera el aspecto político de esta realidad: y más aún cuando este se ocupa de cuestiones relacionadas con la constitución del Estado, dado que la noción de ‘constitución’ es una noción tanto política como jurídica. (...) Sería muy fácil dar una definición arbitraria del derecho y, en consecuencia, refutar el hecho de considerar como ‘jurídico’ a todo eso que se tiene comúnmente como tal, pero que no ingresa en la definición precedente. Más una definición similar sería muy poco interesante, dado que es imposible no tener en cuenta de forma absoluta las indicaciones que están implícitas en la historia y en el lenguaje” (Kojève, 1988: 25-26).

Esta cita del *Esbozo para una fenomenología del derecho* puede ser tomada por nosotros como una precaución metodológica para abordar el problema del derecho: el problema metodológico según Alexandre Kojève, (intérprete eminente de Hegel que disputó en torno al origen del fenómeno jurídico con Carl Schmitt a mediados del siglo pasado) sería aquel de vincular el lenguaje (el concepto del derecho) con una dispersión de casos fenoménicos diversos, casos que tienen que ser de por sí extra-jurídicos: en otros términos se trata del pasaje de un conflicto o una lucha extra-jurídica a una instancia lingüística de apelación. Kojève identifica entonces a la génesis del derecho con un conflicto prejurídico en cuya base está el lenguaje: mientras no intervenga el lenguaje, no hay mediación posible en el conflicto; el lenguaje es el modo en que, entre las dos partes en conflicto de un litigio se establece una mediación que puede ser definida como “*jus-titia*” (*justice*) (Kojève, 1988: 283) sea bien la justicia en su figura aristocrática, del Amo, o bien su inversión en la justicia burguesa, del “esclavo”, siempre uno de los términos prejurídicos (amo, esclavo).

Esta desigualdad irresoluble que está a la base del concepto de justicia es la que determina que en cualquiera de sus figuras históricas se distinga algo así como una autoridad que ocupa el lugar del “lógos”, de modo que puede transformar el conflicto en un litigio reconociendo, sin embargo, en las instancias inferiores una “apelación”: tenemos entonces la autoridad privilegiada, la autoridad divina, la autoridad del tribunal burgués, como una serie de figuras históricas de la justicia que se realiza de modo parcialmente “injusto”: el reconocimiento es siempre desigual, la reparación es siempre parcial. El momento culminante, en que la autoridad que define la justicia ya no es un sujeto, es decir, un Árbitro, sino la “Constitución” en sentido del “gobierno de las leyes” y no de los “hombres”, o el Estado de

derecho (la justicia sintética del “ciudadano”). Pero esta justicia, sin embargo, no está aún dada: es el derecho “absoluto” del porvenir (Kojève, 1988: 223).

El problema está precisamente en determinar hasta qué punto puede seguir hablándose de “derecho” y de “autoridad”, si es que el “reconocimiento” llega a su realización plena: a su vez, en determinar hasta qué punto esta disolución del conflicto sigue siendo “legal” y no puramente “política”: la autoridad podría devenir, entonces “autoritaria”. Del mismo modo si en la justicia es el lenguaje el que se aplica bajo el modo de la ley a una diversidad de casos concretos que refiere siempre de forma parcial, es decir, dejando un margen de no-juridicidad en la definición de lo jurídico mismo, el problema de una culminación del derecho implica de algún modo, o bien una palabra que al aplicarla coincide perfectamente con la letra de la ley, o bien una palabra que se disocie de la ley y venga a operar de forma puramente arbitraria.

Luego de finalizar estos análisis en clave de pronóstico “provisorio” (Kojève, 1988: 27), en un breve ensayo titulado *La noción de autoridad*, Kojève parece llegar a una conclusión diversa de la antecedente (más o menos convergente con la hegeliana), que vería en la modernidad la culminación del concepto del derecho en las instituciones objetivas del Estado: Kojève, que se encontraba exiliado en medio de la Segunda Guerra mundial, y frente al eclipse del Estado de derecho tal como lo hallamos en Weimar, en el positivismo francés o en el *Rule of law* inglés, da como diagnóstico una crisis de la noción de autoridad que se encuentra a la cabeza del fenómeno jurídico. Parte de esta crisis afirma, sería precisamente la crítica al “autoritarismo”, y el olvido de un tratamiento exhaustivo de la noción en sus implicancias jurídicas: pero no solo eso, sino que el último estadio de esta crisis es precisamente aquel del Estado de derecho, donde la autoridad se ve disuelta y atribuida a una legalidad abstracta.

Notemos, en primer lugar que la crítica de Kojève es paralela a aquella de Schmitt al Estado de derecho: sin embargo, Schmitt no basa su crítica en una noción exhaustiva (es decir, lingüística) de la autoridad, sino que la asimila a su modelo de la “decisión” efectiva frente al conflicto, que excluye los problemas del litigio y la apelación tal como tentamos de analizarlos. En segundo lugar, el diagnóstico de la crisis de la autoridad no puede reducirse simplemente a la contemporaneidad y al fenómeno del autoritarismo; se trata, en cambio, de una tensión entre el litigio y la instancia de apelación misma que define al derecho moderno: frente al medioevo donde la Autoridad que se disputa entre la Iglesia y el Monarca, sea ascendente o descendente tiene siempre un referente, o bien en la ley natural ascendente, o bien a la ley divina descendente: y, paradójicamente, en caso de excepción, no es nunca el “juicio de Dios” el que decide, sino la espada eclesiástica, para unos, o la espada terrenal, para otros. La modernidad es el momento en que la autoridad

deviene “arbitraje” en un sentido problemático: según la fórmula acertada de Madanes con respecto a Spinoza y Hobbes, se trata de un “árbitro arbitrario”, aunque no en un sentido peyorativo. Se trata de “una antigua técnica para resolver disputas refiriéndolas a la decisión de un tercero” (Mदानes, 2001: 37), que, sin embargo, Hobbes y Spinoza van a reformular de una manera radicalmente diversa: ya que, en caso de que el mediador no sea un soberano, el arbitraje del conflicto queda librado al “juicio de Dios” sin punto intermedio posible.

Ahora bien, mientras que en las críticas de entre-guerras y de la postguerra de Kojève y Schmitt al Estado Constitucional se abría una perspectiva difusa en torno a la cuestión, tenemos que considerar en tercer lugar el hecho de que desde fines del siglo pasado haya sido un modelo *global* del Estado de derecho el que se haya venido a presentar en una oscilación conflictiva como instancia de “reconciliación” y “arbitraje”, o bien de “intervención judicial” y “causa internacional”. Es en esta triple perspectiva, entonces, que es preciso un desplazamiento de la analítica que reconsidere el modo en que autoridad, litigio y apelación vienen a verse modificados en la modernidad: como afirmamos al inicio, nuestro punto de partida va a ser el tránsito que el concepto de sociedad civil implica entre el contractualismo y el Estado de derecho. Vale para esto una aclaración: no vamos a tratar a los conceptos de contrato, de sociedad civil y de Estado de derecho como simples nociones teóricas, sino como términos procedimentales que hacen posible volver inteligible en una instancia de conflicto los términos de un proceso bajo un modo tal o cual del litigio y de la apelación.

IV. De la autoridad soberana a la sociedad civil: “arbitrio arbitrario” en Hobbes y Locke

Kojève (1988: 62) distinguía en sus notas sobre la autoridad, al menos cuatro nociones, las cuales tendrían que oponerse a la idea de que la autoridad se basa simplemente en la “fuerza”, es decir, es “autoritaria” la autoridad divina, la autoridad justa, la autoridad del saber, la autoridad por supremacía, que a su vez se refieren respectivamente a ciertas funciones políticas específicas, del padre, del juez, del maestro, del señor o amo. Cada una de estas funciones, dice Kojève, “fundan” su autoridad en algo diverso: en la mayoría de edad o la tutela, en la justicia o la equidad, en la sabiduría o la virtud, en la victoria y el reconocimiento. Fuera de ellas, en cambio, sucede lo que en la contemporaneidad: la autoridad deviene “autoritaria” por remitirse únicamente a la fuerza. Este tránsito de las nociones clásicas de autoridad a las nociones autoritarias no puede ser hecho de un modo tan brusco: hay que considerar, en cambio, el problema de la transformación moderna de la autoridad que tiene lugar con la figura del árbitro.

Como lo nota Madanes en su ensayo, si bien la función de arbitraje es anti-
cuísimas en el derecho, remontándose al medioevo y hasta el derecho romano, es
preciso considerar que solo en la modernidad, y ante todo con Hobbes la misma
es arrancada de sus formas subsidiarias y puesta como fundamento del orden po-
lítico: si es cierto que Hobbes piensa al soberano en la figura del comandante o
el sujeto de mando, no es menos cierto que le asigna también, de un modo dis-
tintivo, una función arbitral en la que los análisis no se han detenido lo suficiente
(Madhanes, 2001: 37). Ahora bien, las indicaciones de Madanes en torno al poder
arbitrario en Hobbes nos permiten comprender hasta qué punto este permite una
transformación de la noción de autoridad: en primer lugar el árbitro no está de-
terminado por la ley, sea natural o divina, de modo que opera en su decisión a
discreción. En segundo lugar la decisión del árbitro es convencional y no tiene
por qué atenerse a la “justicia”. El juez, en cambio, está determinado por la ley, de
modo que tiene que evitar a toda costa la instancia de decisión. En segundo lugar
el juez no actúa bajo el mutuo consentimiento de las partes en la apelación, sino
que puede hacerlo con la demanda de una sola o de ninguna. En tercer lugar, el
juez tiene que inquirir en las razones por las cuales se cometió la falta para dar su
sentencia. Finalmente los jueces de un tribunal tienen que comunicar a las partes
en juego las razones alegadas de su sentencia.

Sin duda es cierto que es preciso considerar la innovación de Hobbes con res-
pecto al carácter arbitrario del poder como un avance con respecto a la formu-
lación moderna del problema de la “opinión”: sin embargo, la formación de un
concepto tal y la modificación del estatuto de la autoridad no puede reducirse a la
formulación del pacto de sujeción soberano tal como Hobbes lo formula. Hay que
considerar, en cambio, aquellas formulaciones que no reducen el arbitraje, aun
considerando su arbitrariedad, a un sujeto, es decir al gobierno de un “hombre” o
de una “asamblea de hombres”: formulación en cambio que considera la primacía
de una legalidad formal por encima de razón soberana frente a los alegatos de las
partes. En otros términos Hobbes reducía el arbitraje a una apelación en términos
de “consejo”, donde las partes alegaban una diversidad de razones, y de “mando”,
donde el árbitro decidía por la primacía de una de ellas u otra mayor en vistas de
definir el litigio por la justicia. Con ello Hobbes opone su modelo de arbitraje al
Common law y a las corporaciones de jueces y abogados: y no está de menos decir
que Hobbes no será quien salga vencedor en esta disputa, sino aquel del tribunal.

Como lo nota Madanes en los análisis del uso del vocablo en sus diversas fun-
ciones, hay una denotación que se mantienen recurrente más allá de los juristas,
incluso en Shakespeare: arbitraje es ante todo una función de decisión *inapelable*.
Ahora bien, es preciso señalar que, pocos años después de Hobbes se genera en
Inglaterra una tentativa de establecer un modelo de asociación cuya forma este
precisamente en la noción de una auto-apelación civil a través de la ley, es decir,

reduciendo en la mayor medida posible la función decisionaria: se trata de Locke, y en consecuencia, y más específicamente del concepto de sociedad civil (para no hablar del tan confuso “liberalismo”). Notemos: el modelo del arbitraje, entonces, corresponde al derecho comprendido como contrato o pacto de sujeción en vistas de evitar el conflicto. El árbitro de Hobbes no es un juez, o al menos no lo es en todo caso: de modo que su modelo de conflicto es ante todo el “equivoco” recíproco en alegatos contrarios que puede desatar una lucha o, en mayor escala, una guerra civil.

El caso de Locke, en cambio, va a ser precisamente el inverso: el caso de conflicto que esta va a proponer va a ser reducido a la penalidad, y el arbitraje, dentro de lo posible, a la función judicial. Pero ello no implica que tengamos un retorno a la figura del juez como autoridad máxima: el juez no es más que una instancia de aplicación y sentencia en la apelación de la sociedad civil a sí misma. Esto tiene una consecuencia casuística inmediata: el criminal no es aquel que es considerado al interior de la ley como un actor racionalmente incorrecto o equivocado en su cálculo, con respecto a la Razón soberana, diverso entonces del enemigo que, al no reconocer el soberano mismo se pone en situación de guerra con aquel; el criminal para Locke es el enemigo mismo, más no porque todo conflicto se reduzca al modelo de la guerra, sino porque la guerra misma ingresa en un modo de la penalidad. Pero este desplazamiento subrepticio comprende un desplazamiento más complejo: ya no se trata de oponer partes en disputa, sino de oponer a individuos en falta con respecto a una unidad ya constituida de lo que va a denominarse la “sociedad civil”.

Madanes nota la ambigüedad en el uso que hace Locke del término arbitrario: por un lado refiere peyorativamente al poder absoluto, por otro, positivamente a las prerrogativas como actos arbitrarios de decisión al margen de la ley. Ahora bien, si es cierto que la gran reforma y crítica de la legalidad no se encuentra en Locke ni en Hume, Blackstone o Ferguson, sino que solo vendrá a formularse con Bentham y Mill, lo que si vemos gestarse en los primeros es el concepto de sociedad civil como instancia de apelación. Y es la especificidad de este concepto lo que le permite a Locke diferenciarse de la trasposición del poder patriarcal al poder político tal como lo hace Filmer en vistas a criticar a Hobbes. Filmer pretende fundar el poder del árbitro en el patriarcado, es decir en lo que Kojève denomina la autoridad paternal. Locke, en cambio, va a tener que discernir la jurisdicción paternal de la jurisdicción civil, en vistas a restringir la autoridad del primero a un plazo temporal, frente al carácter definitivo de la autoridad legislativa, que se deriva de la autoridad de juzgar (*authority to judge*).

Locke diferencia entonces dos sociedades o comunidades de intereses, las cuales se definen por dos modos diversos de poder: en primer lugar la familia, o

asociación conyugal que se define por el poder paternal o de tutela: el interés principal de esta asociación es en primer término la propagación de la especie. Pero Locke especifica al menos dos funciones más que no conciernen simplemente a la prosecución de un interés sino, ante todo al ejercicio de un poder bajo una autoridad: por un lado la educación de los menores como traspaso a la mayoría de edad; por otro el tomar cuidado de la herencia, es decir de la sucesión de los bienes de propiedad por descendencia.

Ahora bien, aclara Locke, que esta autoridad, no solo tiene una jurisdicción específica y diversa de la civil, sino que también se define por cierto plazo temporal, aquel de la crianza de los menores, y aquel del traspaso de la herencia que, una vez dictaminadas, permiten la disolución más o menos parcial de los lazos de asociación. En el caso de la sociedad civil y su autoridad específica la cuestión, en cambio, es más compleja. En primer término, el sujeto en cuestión no renuncia a su libertad natural al pactar, sino a su poder de castigar a aquel que atente u ose atentar contra la misma. Esto ya de por sí plantea un problema: pues, si renuncio en vistas de asociarme a mi poder de castigar y no a mi libertad natural con sus atributos (personalidad, propiedad, etc.) entonces lo que se forma no parece ser una sociedad civil, sino una especie de sociedad penal. Ahora bien, esto se resuelve en cuanto el cometido del castigo es precisamente aquel de la protección de la libertad y la propiedad eminentemente: lo que la asociación civil permite, entonces, es una instancia de apelación que Locke llama “terrenal” para distinguirla de la apelación al “juicio de Dios”:

“Y al haber sido excluido todo juicio privado de cada miembro en particular, la comunidad pasa a estar arbitrando (*comes to be umpire*) según reglas que fueron establecidas, indiferentes y las mismas para todas las partes, y por hombres teniendo la autoridad de la comunidad, para la ejecución de estas reglas” (Locke, 2003: 137).

Sin embargo la distinción funcional persiste con respecto a la función de la autoridad: la comunidad a la que se traslada la autoridad y la ley opera en una doble función: por un lado tiene que resolver las controversias a través de la decisión en las cuestiones derecho, es decir la función del árbitro en el litigio de intereses civiles, por otro tiene la función de juzgar las infracciones de la ley y castigar a los ofensores, es decir una función judicial y penal. Locke sin embargo reúne ambas funciones en una misma autoridad y ley que le permite no especificar la distinción: difieren, sin embargo, las prerrogativas del árbitro que se definen en el capítulo catorce, capaz de actuar discrecionalmente en la omisión o incluso la oposición a la ley, de las penas del juez que, según el parágrafo 87, “(...) castiga las ofensas que algún miembro haya cometido a la sociedad, con las penas que la ley ha estipulado (...)” (Locke, 2003: 136).

Es más, la distinción de funciones no es solo formal sino que implica una diversidad de contenido. Locke afirma que la prerrogativa del árbitro, atribuida al poder Ejecutivo, no opera sus medidas extraordinarias sino en vistas al “bien común”, y nunca con respecto a una pena; mientras que el juez opera, en cambio, sus sentencias siempre con respecto a una especificación casuística de la ley con respecto a la pena infringida, es decir, que se ve subordinado al poder legislativo. Tenemos entonces una distinción funcional procedimental y procesual entre el árbitro que decide discrecionalmente a través de las prerrogativas en vistas de un fin positivo común, al margen de la ley, y el juez que sentencia según lo prescripto por la ley en vistas a castigar un daño con una pena, daño que también es considerado como una amenaza común. Pero la diferencia no es solo procedimental formal ni procesual material al nivel de lo “positivo” y lo “negativo”, sino que concierne a la índole de la misma comunidad como sujeto de apelación: en otros términos, la sociedad civil propiamente dicha no se define por la función judicial o por la función arbitral sino por la existencia de una instancia de apelación.

Ahora bien, por un lado esa instancia es “la ley común y una judicatura a la que apelar” (*common established law and judicature to appeal to*), es decir la función judicial, por otro es la instancia “una autoridad a la que apelar” (*an authority, to appeal to*), es decir la función arbitral (Locke, 2003:137). La escisión funcional entonces remite a una escisión más fundamental según la cual el sujeto “sociedad civil” en el acto de apelación, apela a la vez a una autoridad arbitraria que está por encima de la ley, y a una legalidad judiciaria que se halla subordinada a la aplicación de la ley. De hecho la formulación de Locke ya es en cierto punto equívoca: este dice que se resigna el poder de castigar “en las manos de la comunidad en todos los casos que *no se vea excluido* para la apelación a la protección de la ley establecida por ello” (*resigned it into the hands of the community in all cases that exclude him not from the appealing for protection to the law established by it*) (Locke, 2003: 137), es decir, supone que hay casos en que esta apelación lo excluya en términos de la legalidad.

Locke va a intentar resolver esta escisión interna a la sociedad civil en los siguientes párrafos por mecanismos de subdivisión: un poder judicial ejercido hacia los ciudadanos internos, un poder de guerra ejercido hacia los enemigos externos; o bien la distinción entre una función Legisladora y una función Ejecutiva. Ahora bien, esta distinción, en verdad no remite a dos jurisdicciones diversas, sino a una misma autoridad: la autoridad de dictar las leyes en el legislativo, la autoridad de aplicar la fuerza en la función ejecutiva, las cuales, en ciertos casos, pueden no coincidir ni conciliarse; de modo que por un lado se deriva un aparato judicial que rige sobre los casos de apelación legal, más por otro un aparato ejecutivo que opera “por juicios ocasionales fundados en las presentes circunstancias de la ocasión” (Locke, 2003: 137), cuya apelación es arbitraria. Es en esta distinción entre

caso legal y caso “ocasional” que se define de algún modo la distinción entre el “adentro” y el “afuera” de la sociedad civil.

Locke, sin embargo, no va a dejar de acentuar la diferencia entre el poder judicial y el poder arbitrario, mostrando como el primero es capaz de apelación, mientras que el segundo no lo es, por lo cual es emparentado con aquel del monarca absoluto (en 90-91). Es más, aun cuando en las monarquías absolutas existe la instancia de apelación a la ley y a la decisión de los jueces, sin embargo, no hay seguridad de que esta protección sea cumplida, sino que su juicio es equivalente al juicio de dios. De hecho, en una consideración retrospectiva o genética, es cierto para Locke (94), que los hombres dieron en un principio la autoridad natural (*natural authority*) al mando de un jefe con arbitrio para las controversias (*arbitration of their differences*). Pero en el punto de que se percataron de la ausencia de garantía de este arbitrio, los llevó a desplazar el poder hacia una asociación gubernamental, cuya función es la preservación de la propiedad. De este modo, afirma, “ninguno podría, por su propia autoridad, sustraerse de la fuerza de la ley una vez hecha” (*nor could anyone, by his own authority, avoid the force of the law when once made*), ninguno tiene, por ello, capacidad de “exención” (*exemption*). Y así, Locke puede parafrasear a Hooker afirmando que “Ningún hombre en la sociedad civil puede estar exento de las leyes de la misma” (*No man in civil society can be exempted from the laws of it*) (Locke, 2003: 137). Esto solo puede entenderse así: la autoridad del arbitrio no es de ningún hombre, sino de la comunidad: cada uno, en cambio, como particular, está bajo la ley, y puede apelar a ella para su aplicación.

Podemos reconsiderar entonces la ambigüedad que señalaba Madanes con respecto a la doble apreciación “ambigua” del arbitrio o la función arbitraria en Locke. Se trata ante todo de una transformación de la noción de autoridad que pasa del arbitrio del soberano a la sociedad civil como instancia de apelación cuyo *modus operandi* no es la soberanía sino el “gobierno” (*government*). Locke entonces desplaza la función de la autoridad del sujeto particular al cuerpo colectivo, o la sociedad civil, como una instancia de apelación que recurre a sí misma, es decir, se gobierna a sí, desplazando la función soberana hacia fuera: ello, sin embargo, implica la consideración de una escisión interna en la misma entre una función ejecutiva de arbitrio sobre el caso excepcional (soberana) y una función legisladora sobre el caso regular. Esto tiente de resolverlo, lo que va a ser un distintivo del liberalismo de allí en adelante, por medio de una subordinación del ejercicio de la autoridad a la función judicial que restringe el conflicto a su función penal, aunque no elimina la función arbitraria, sino que la desplaza hacia “fuera” como poder soberano sobre el enemigo (aun cuando no dejen de confundirse *in concreto*).

V. La personalidad del Estado como síntesis del modelo contractual y el modelo civil

Hemos visto, entonces el modo en que de Hobbes a Locke, al modificarse la instancia de litigio, de un sujeto de conflicto presocial en estado de naturaleza (la multitud, el individuo) a un sujeto social, es decir, la sociedad civil, se modifica a su vez la instancia de apelación misma: ya no es el árbitro, sino el tribunal y el juzgado. Sin embargo, se da una tensión entre la subordinación de la autoridad a la ley, bajo la forma del juez, y de la ley a la autoridad bajo la forma de la prerrogativa. Ahora bien, lo que a inicios del siglo XIX va a intentar formularse es precisamente la resolución de esta escisión operativa entre una legalidad impersonal y externa a la dinámica del conflicto que lo vuelve litigio, y una autoridad singular que tiene que dirimir en torno al caso específico en juego: el problema va a estar en la posibilidad de pensar una legalidad inmanente al conflicto social en el que se produce la apelación, en tanto que comprende una historicidad específica; en segundo término, a su vez, va a tratarse de comprender al mediador como una instancia interna al mismo litigio que este necesariamente supone.

Esta tentativa, que podemos hallar por primera vez en Hegel, ya no va a oponer dos instancias diversas: aquella impersonal de la ley y aquella personal del litigio, sino como momentos de una misma personalidad jurídica. Un examen sumario de la concepción hegeliana se vuelve necesario en cuanto *es el concepto de personalidad jurídica aquel que, desde Hegel a Von Stein, y de este a Jellinek, incluyendo luego a Malberg y a Dicey, va a constituir el supuesto filosófico del mitologema del Estado de derecho: la autoridad del Estado de derecho no es un hombre particular, sino una personalidad, que no corresponde ni al soberano ni al ciudadano, ni a la policía ni a la sociedad, sino al mismo Estado en cuanto limitado por la legalidad jurídica.*

Podría decirse, en principio, que Hegel tienta de criticar a las formas de autoridad del contractualismo (árbitro público como consecuencia de intereses individuales en pugna) y a aquella de la sociedad civil (tribunal judicial como consecuencia de cálculos individuales de necesidad-arbitrio): pero Hegel no se limita simplemente a criticarlos, los incorpora, en cambio, como “momentos”, aun en su carácter indigente, para la realización de la libertad individual bajo la forma del “*ethos*” o la personalidad absoluta. Así, Hegel va a considerar a la personalidad jurídica en su filosofía del derecho, como instancia de conciliación: es la personalidad que rige a través de la autoridad soberana y de la constitución, estableciendo entre ambas una tercera instancia de reconocimiento. Esta puede ser considerada subjetiva u objetivamente, pero es la misma autoridad que se genera la que se ve también dividida entre el derecho y el deber:

“La moralidad social o Eticidad (*Sittlichkeit*) es el acabamiento del espíritu objetivo, la verdad del espíritu subjetivo y del espíritu objetivo mismos (...). Las relaciones del individuos en las condiciones donde se particulariza la substancia constituyen los deberes sociales. La personalidad ética (*Sittlich Personalität*), es decir, la subjetividad penetrada por la vida substancial es la virtud” (Hegel, 1952: 275).

La Eticidad, entonces, incluye ambos aspectos del espíritu conciliados: objetivo y subjetivo; por un lado, del subjetivo están los deberes contraídos en los hábitos; por el otro lado, objetivo, están los derechos reconocidos en la constitución. En el caso subjetivo los deberes son incorporados por el ciudadano a través del hábito: hábito que es corregido por el árbitro y el juzgado, en cuanto se ven escindidos la igualdad formas de las personas, y la desigualdad competencial de los deberes. En el caso de la personalidad objetiva del Estado, en cambio, no le importaría este aspecto “arbitrario” de la habitualidad. Sin embargo, para que la objetividad de la ley se reconozca en su autoridad es precisa una “persona”, la cual, sin embargo, es arbitraria. Personalidad de derecho y persona de deber, entonces, nunca coinciden completamente; aparece, entonces, el problema del sacrificio de la individualidad por el común del Estado:

“Este estado de cosas muestra a la substancia del Estado en su individualidad llegando a la negatividad abstracta, como la potencia en la cual la autonomía particular de los individuos y el estado en el que se encuentran absorbidos en la existencia (*Dasein*) exterior de la propiedad y en una vida natural, se revela al sentimiento al sentimiento como una nada, la cual conserva la substancia común por medio del sacrificio de este ser natural y particular y del anonadamiento de la nada que se eleva contra él (*Vereitlung des Eitelns*), realizándose en su intención” (Hegel, 1952: 290).

VI. La personalidad en el Estado de derecho: la disolución de la autoridad arbitraria y el surgimiento de las “reglas” (*Maßnahmegesetze, dispositions, rules*)

Podemos entonces hacer un *examen sumario* del concepto del Estado de derecho desde el punto de vista de una historia retrospectiva de la autoridad, que no se reduzca a una consideración de historia conceptual, tal como hallamos en Luc Heuschling en Inglaterra, Disenhaus en Alemania, Rosanvallon en Francia y Tamanaha Estados Unidos, sino a una consideración procedimental de lo que, en cada una de estas regiones, sucede a los tratamientos previamente considerados. *Nuestro examen es sumario porque sirve simplemente de indicación de los desplazamientos que tratamos de forma específica en nuestra investigación en curso.* Este tránsito que desplaza la autoridad del modelo contractualista de Hobbes con el

Árbitro, al modelo civil de Locke, con el Juez y el Árbitro escindidos, y al modelo estatal de Hegel, con una escisión entre Autoridad y Constitución al nivel de la personalidad objetiva. La teoría del Estado de derecho puede leerse, entonces, como un intento de suprimir la instancia arbitraria de la personalidad: para ello establece la noción de “auto-limitación” de la soberanía en la legalidad, del Estado en el Derecho. Ahora bien, esto lleva a nuevos desdoblamientos inusitados.

En Von Mohl (1844) por ejemplo, el Estado de derecho entonces es unitario por comprender una personalidad: pero esta, al excluir la instancia soberana de arbitraje, se divide en cambio en una Constitución y una Administración. La primera concierne a la garantía de los derechos subjetivos por el poder soberano, la segunda a la administración de la población por el poder de policía. Ahora bien ambas partes poseen un equilibrio por medio de una relación de limitación. Pero esta relación, formulada bajo la forma mitológica de la “auto-limitación” de la soberanía en la legalidad, hace a la administración posible: ahora bien, ello implica que, a nivel procedimental lo que viene a medirse ya no es el bien común soberano bajo la ley, sino el bienestar de todos y cada uno en la regularidad del gobierno.

“De acuerdo con cada concepto general de la vida, debido a su fuerza y su orden, al pueblo corresponde una variedad de instituciones entre las cuales la más vasta es ciertamente el Estado, que es la organización de la convivencia de un pueblo en un territorio determinado bajo el poder soberano (...). El Estado de Derecho (en cambio) no es otro que aquél donde del orden de la convivencia del pueblo facilita que cada miembro esté protegido y socorrido en el ejercicio de la más libre de sus fuerzas” (Von Mohl, 1844: 17).

A la ciencia de la policía se le opondrá la tratadística del cameralismo que, en cambio, va a intentar suprimir, no ya el arbitraje de la autoridad, sino toda forma del poder de policía en una tentativa de reducir el gobierno a la instancia administrativa pura (y no “policial”), la cual veremos especificarse con respecto al concepto del Estado de derecho: en primer lugar, la misma pasará a concernir a la formación de instancias de apelación del ciudadano al Estado (Von Gneist), o bien tribunales de justicia (Bährh), como *instancias formales procesuales*. Para Mayer y Stahl *la vida política* será, entonces, *la regulación de los actos administrativos por una especificación de la ley*, con respecto a los casos y la interpretación judicial, tomando al *hecho como dato casuístico identificable*: lo que se espera de ello era *una reducción* de los conflictos a los litigios, y desde allí, *de la vida misma a la regla, donde ciudadano y gobernante devienen sujetos procedimentales formales*.

“Un estado que no tiene para su administración, ni la forma de la ley ni la del acto administrativo, no es un *Rechtsstaat*. Un Estado que tiene

lo uno o lo otro es más o menos perfecto como *Rechtsstaat*, en la medida en que utiliza estas formas y asegura sus resultados” (Mayer, 1905: 301).

Contra ambas nociones del Estado de derecho, aquella de la ciencia política y aquella de la administración se opondrán las concepciones de Bluntschli y Jhering (1880): se trataría de la reducción del Estado a un “estado normal” cuya función sería, no la preservación de los derechos en la legalidad, sino la seguridad de la vida regular de los individuos. Frente a ello estas teorías indican dos puntos: en primer lugar aquel de la lucha por la posesión que antecede al derecho litigante, en segundo lugar las necesidades materiales de aquellos que no encuentran su representación en los derechos subjetivos. Lo que veremos surgir, entonces, es la exigencia de un concepto de la “vida social” que preceda a las indagaciones jurídicas formales y a su examen de la regularidad administrativa.

“Este concepto nació en la segunda mitad del siglo XVIII de los esfuerzos contra la manía entonces bienhechora quizá, pero insoportable, de gobernarlo todo, sistema que se justificaba por la idea del bien y el interés general. Limitando este fin del Estado a la seguridad del derecho, parecía que se hallaba una fórmula victoriosa, y al Estado comprendido así se le dio el nombre de *Rechtsstaat*, por oposición a la fórmula detestada del *Polizeistaat*. Pero esta estrecha limitación no podía satisfacer a los modernos: la seguridad del derecho, es, sin duda un deber principal del Estado, pero jamás gobierno alguno limitará su actividad a esta sola misión” (Bluntschli, 1880: 260).

La primer formulación de la cuestión se encuentra en Lorenz Von Stein (1852): el mismo distinguía como dos personalidades diversas aquella del Estado y aquella de la sociedad, según dos sujetos procedimentales diversos: *los funcionarios* y *las clases*. Ahora bien, tal como la sociedad se halla en sí dividida entre los que poseen los derechos privados y aquellos que vienen a saldar las necesidades por medio del trabajo, así el Estado viene a suplir tal escisión a través de una Constitución que reconoce los derechos subjetivos, y una administración que salda las necesidades no suplidas por el trabajo: lo que se halla en disputa, entonces es *el modo de distribución jurídica de los privilegios con respecto al capital corriente a los sujetos procedimentales de clases*.

“Para aliviar la dependencia de las clases más bajas, el estado debe, en primer lugar, garantizar por la constitución la igualdad de todos los ciudadanos bajo las leyes públicas. Este será el principio supremo de la ley; a su vez, en la esfera de la administración su primer cometido estará en elevar el status de las clases más bajas” (Von Stein, 1852: 57).

La segunda formulación, en cambio, va a criticar esta “dialéctica” de las es-cisiones en vistas de una consideración positivista: así, según Jellinek (1905), lo que se da, más bien, son unidades de asociación en la vida humana, de las cuales el Estado es solo una de ellas. Así la regularidad estatal comprende una serie de deberes cuyo núcleo se encuentra implícito en las mismas formas de asociación que los individuos transmiten de forma inconsciente: derechos cuyo antecedente histórico no es fechable empíricamente, más cuyo hecho establecido tiene que considerarse como una herencia con fuerza obligante. El Estado de derecho recupera su forma mitológica de la auto-limitación, más como un límite cuyo sujeto procedimental no es el Estado soberano, sino la sociedad misma en su regularidad inmanente.

“El concepto sociológico de la sociedad comprende todas las relaciones sin excepción que derivan para el hombre de la vida en común; por lo tanto, podemos definir a la sociología como la ciencia de la vida del hombre en común (...). Y en esta doctrina sociológica, por otro lado, no se opone el Estado a la sociedad, como en las teorías que acabamos de desarrollar: el Estado no aparece más que como una de las formas de la sociedad” (Jellinek, 1900: 158).

De Jellinek el concepto pasa a la tratadística francesa: en esta la formulación más clara del concepto del Estado de derecho es la que Malberg (1985) defiende contra Hauriou: también en este lo eminente no es la relación conflictiva entre los gobernantes y gobernados en el poder de policía, ciudadanos y súbditos en la legalidad, sino la relación entre administrantes y administrados bajo las “disposiciones”. Lo que se tienta es de llevar a cabo una reducción de la política y el derecho a una función administrativa procedimental, donde todo acto se encuentre operando “bajo la regla”. Se pone en juego el mitologema de la auto-limitación de la soberanía: limitación donde el poder de policía es regulado por la legalidad bajo la forma de la personalidad. Pero el Estado de derecho no excluye el *Imperium* del poder de policía, sino que lo incluye en el mismo momento en que lo limita por una regla que se da a sí mismo: esta le permite incorporar por las disposiciones, los diversos casos de conflicto, excluyendo como “extra-jurídico”, al caso de necesidad.

“Pues Derecho y Necesidad son dos términos que se excluyen, en el sentido de que la necesidad, si es suficiente para justificar de hecho el recurso a medios improvisados (de intervención), no es suficiente para conferirles la corrección y el valor de medio legales (...). Y allí donde el Derecho en su vigor no alcanza a prevenir (*pourvoir*) las necesidades que no supo prever (*prévoir*), ya podrá jamás pretender de imponer su imperio de una manera irresistible” (Malberg: 620).

En la administración, entonces, la juridicidad opera de un modo doble: en primer lugar como ley reconocedora de derechos hacia los sujetos, derechos de los que estos no son portadores, sino el mismo Estado en su persona. En segundo lugar, como disposición que viene a regular la conducta exigiendo prestaciones o servicios de parte de los sujetos. La juridicidad misma entonces puede concernir al acto administrativo de decisión de qué es o no derecho, por la ley, o bien a la disposición preventiva para apreciar la regularidad, por la norma. En otros términos la juridicidad tiene un contenido preventivo disposicional que le permite distinguir la regularidad de la irregularidad, la buena circulación de la seguridad: no solo es ley que castiga la contravención, sino disposición que previene la buena conducta.

El Estado de derecho tiente de saldar las escisiones que presentaba la teoría de la soberanía: el Estado tiene que reducir entonces el conflicto a la forma del litigio jurídicamente codificado del cual este es Árbitro, más bajo el modo de la “personalidad” de una “ley”, sin autoridad personal concreta. Y ello de modo tal que la situación de tumulto, es decir el *casus necessitatis* en el cual solo se puede resolver por el ejercicio directo del poder de policía sin limitaciones sea prevenido por todos los medios posibles. El Estado de derecho, entonces, posee una personalidad orgánica que no se identifica con aquella de sus sujetos: estos, bien puede cumplir sus servicios como funcionarios, bien pueden ser reconocidos por los derechos, pero también pueden devenir criminales, o bien enemigos del Estado en el tumulto.

Por último, desde la formulación de Von Gneist la noción pasará también a Inglaterra para confrontarse con el utilitarismo reinante: en la concepción utilitarista se parte de un supuesto positivo de la ley como una fórmula dada en términos de la “letra legal”, la cual opera frente al interés individual del sujeto utilitario. Ahora bien, el elemento que va a introducir Dicey (1915) con su noción de *Rule of law* es precisamente el carácter “heredado” de la ley como *regla de conducta*, que viene a transmitirse de manera parcialmente independientemente de sus intereses y de su designación formal, produciendo precisamente a los “sujetos” de la misma. El concepto central será aquel de “antecedente” que viene a operar entre la letra de la ley y el caso: el antecedente concierne a una “regla” (*rule*) implícita en ellos que regula la conducta del juez y del sujeto.

No hay aquí, como en Hardt (1993) y los teóricos contemporáneos, una diferencia entre ley y hábito: el Estado de derecho es un “hábito de la ley”. Pero es un hábito *no en el sentido de que la ley misma, en su letra, sería el mandato que el ciudadano internaliza en una costumbre habitual, sino el hábito del antecedente que, a través de los casos, determina la aplicación de la ley por parte de los funcionarios*

y jueces. La ley misma es efectiva por ser un *hábito regular* que se aplica al caso a través del antecedente que da su regla. Este hábito legal permite al menos tres procedimientos a los gobernantes, los cuales solo intervienen en caso de una irregularidad: el castigo, la oficialidad y la decisión.

En primer lugar ejecutar el castigo de un modo regular u ordinario para asegurar y no atentar a los derechos privados; en segundo lugar, hay una igualdad legal general de trato con respecto a los individuos para las diversas clases, igualdad que especifica su diferencia con respecto a los deberes oficiales de cada uno que determinan la índole del caso: de modo que, en los servicios, lo que rige el caso es el deber cumplido en la subordinación; en tercer lugar, la primacía de la decisión judicial sobre el conflicto como acto determinante para la formulación del caso antecedente que hace posible el litigio jurídico. Dicey propone, entonces un modelo “inductivo” del derecho a partir del caso (por antecedente) y no “deductivo” de la instancia general (por contrato o pacto), cuyo sujeto no es el soberano sino el juez: a su vez, el sujeto procedimental que formula es el “oficial”, es decir, el sujeto de administración bajo el modo del servicio. El derecho surge de la excepción por la suspensión del daño singular en el litigio, es decir, como remedio que da la seguridad: *ubi ius ibi remedium*.

“La absoluta necesidad de provisión de remedios adecuados por los cuales los derechos proclamados (y decir, apelados y declarados en cada caso) deben ser reforzados (*enforced*). (Pues) hay una conexión inseparable entre los medios de reforzar un derecho y el derecho de ser reforzado, el cual es la fuerza de la legislación judicial. La sentencia *ubi jus ibi remedium*, se vuelve, en este punto de vista algo mucho más importante que una mera proposición tautológica” (Dicey, 1915: 118).

VII. Conclusión

En pocas palabras: ¿qué vemos surgir a nivel procedimental con el Estado de derecho del siglo XIX, que lo diferencie de las autoridades del Árbitro, del Juez y del Estado? Se trata de la instancia de la administración que no se rige ya por la legalidad, en sentido de una legislación soberana o constitucional, sino por una serie de “reglas” que cada una de las formulaciones del concepto, alemana, francesa e inglesa denominan respectivamente a su modo: son las *Maßnahmegesetze*, las *dispositions*, las *rules* de los hábitos. Estas tienen la singularidad de distinguir ya no entre legalidad e ilegalidad, entre conducta civil y conducta penalizada, sino entre los casos jurídicos mismos, en su “regularidad” que puede reducirse al litigio, y los casos “no-jurídicos”, en su carácter irregular como “*casus necessitatis*”, es decir, aquel cuyo conflicto excede la legalidad. No se puede entender, entonces,

la crisis jurisdiccional y política del Estado de derecho en el siglo veinte (eminentemente la de Weimar) sin este “antecedente” procedimental: y es a la luz de la misma, a su vez, que tendrán que reevaluarse las transformaciones del concepto estatal-local a lo largo del siglo pasado hasta su forma global presente.

VIII. Bibliografía

BUNGE, Mario (1997). *Ciencia, técnica y desarrollo*. Buenos Aires: Sudamericana.

BLUNTSCHLI, Gaspar (1880). *Deutsche Staatslehre und die heutige Staatenwelt*. Berlin: Nördlingen.

CARRÉ De MALBERG, Raymond (1962). *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: CNRS Éditions.

DOTTI, Jorge (1987). *Dialéctica y derecho*. Buenos Aires: Hachette.

DICEY, A. V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan.

HEGEL, Georg Wilhelm (1952). *Precis de L'Encyclopedie des sciences Philosophiques*. Paris: Vrin.

— (2004). *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Sudamericana.

HARDT, H. L. A. (1993). *The concept of law*. Nueva York: Oxford University Press.

HOBBS, Thomas (1998). *Leviatán*. Nueva York: Oxford University Press.

JELLINEK, Georg (1900). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Hölder.

KOJÉVE, Alexandre (1988). *Linee di una fenomenología del Diritto*. Florencia: Jaca Book.

— (2005). *La notion de l'autorité*. Paris: Gallimard.

LOCKE, John (2003). *Two Treatises of Government*. Londres: Yale University Press.

MADANES, Leiser (2001). *El árbitro arbitrario*. Buenos Aires: Eudeba.

MAYER, Otto (1905). *Le droit administratif allemand*. Paris: Giard et Brière.

PALTI, Elías (2007). *El tiempo de la política*. Buenos Aires: Siglo XXI.

ROSLER, Andrés (2016). *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*. Buenos Aires: Katz.

VON MOHL (1844). *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Berlin: H. Laupp.

VON STEIN (1852). *System der Staatswissenschaft*. Basilea: Statistik.

Fecha de recepción: 06-05-2017 Fecha de aceptación: 05-06-2017