

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Matías Pedernera Allende\* (Argentina)

## La tensión entre lo material y lo formal en el contexto latinoamericano y el valor del *rule of law*\*\*

### RESUMEN

A partir de la experiencia política latinoamericana, teóricos y prácticos del derecho y la política han señalado el carácter prescindible e inconveniente de las limitaciones que supone el Estado de derecho en orden a alcanzar esos derechos. Se advierte, entonces, una tensión entre lo material y lo formal. Así las cosas, el ideal formal del Estado de derecho sería incapaz de proveer respuestas a los contextos latinoamericanos, muchas veces marcados por la desigualdad. En este trabajo se intentará verificar si las exigencias del Estado de derecho pueden aportar algún valor positivo a la complejidad económica y social latinoamericana.

**Palabras clave:** *rule of law*, derechos fundamentales, libertad, constitución.

### ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von den politischen Erfahrungen Lateinamerikas haben Rechts- und Politikwissenschaftler und -praktiker aufgezeigt, wie Beschränkungen in einem

---

\* Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), egresado sobresaliente (2014); maestrando en Derecho y Argumentación (UNC). Adscrito de las cátedras de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (UNC). Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (2014), becario de pregrado (2012-2013) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). [m.pedernera.allende@gmail.com](mailto:m.pedernera.allende@gmail.com).

\*\* Agradezco las valiosas observaciones del profesor Juan Cianciardo (Universidad Austral, Argentina) sobre un trabajo anterior, que motivaron algunas de las conclusiones del presente, y por su generosa ayuda. Agradezco también a los profesores Pilar Zambrano, Alfonso Santiago (h), Pedro Rivas y Luciano Laise, del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral por algunos comentarios útiles que tuve en cuenta en este escrito.

Rechtsstaat bei der Verwirklichung der Rechte überflüssig und unangebracht sind. Damit ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen einem materiellen und formellen Verständnis. Ein lediglich formell verstandener Rechtsstaat wäre nicht imstande, angemessene Antworten für den häufig von Ungleichheit geprägten lateinamerikanischen Kontext anzubieten. Im vorliegenden Beitrag soll daher der Frage nachgegangen werden, welche Anforderungen an einen Rechtsstaat einen positiven Beitrag zur komplexen wirtschaftlichen und sozialen Lage Lateinamerikas leisten können.

**Schlagwörter:** Rule of law; Grundrechte; Freiheit; Verfassung.

## ABSTRACT

Abstract: Based on the Latin American political experience, theorists and practitioners of the law and politics have pointed out that the State based on the rule of law presents avoidable and inconvenient constraints to the realization of fundamental rights. We observe a tension between the substantial and formal aspects of the rule of law. This means that the formal ideal of a State under the rule of law would be unable to provide adequate responses for Latin American contexts which are often characterized by inequality. In this study we try to determine whether the requirements of a State under the rule of law are able to provide any positive value to the complex economic and social situation in Latin America.

**Keywords:** Rule of law, fundamental rights, liberty, constitution.

## Introducción

Desde antiguo, pero sobre todo con el refuerzo de la experiencia del constitucionalismo, se consideró la legalidad como una virtud del sistema político. Así se tuvo por valiosa la subordinación del poder al derecho; se habló de un “gobierno de leyes, no de hombres”. Tal es la caracterización básica del *rule of law*:<sup>1</sup> la noción de un poder político limitado por reglas jurídicas.

Sin embargo, en los últimos años, la experiencia política latinoamericana ha mostrado que dicha virtud no es la única ni la principal para alcanzar. Por el contrario, a veces esta virtud clásica ha debido dejarse de lado en la búsqueda de otros objetivos. Uno de esos objetivos ha sido el énfasis en los derechos de las personas, en particular, en sus facetas económica, social y cultural. De este modo, teóricos y prácticos han señalado el carácter prescindible e inconveniente de las limitaciones que supone el *rule of law* en orden a alcanzar esos derechos. Se advierte, entonces, una tensión entre exigencias materiales y formales. Planteadas así las cosas, el ideal

---

<sup>1</sup> Aunque se trata de realidades diferentes, a los fines de este trabajo se empleará el término *rule of law* como sinónimo de Estado de derecho.

formal del *rule of law* sería incapaz de proveer respuestas a los contextos latinoamericanos, muchas veces marcados por la desigualdad.

En este trabajo se intentará indagar acerca de la posibilidad de sostener al Estado de derecho como virtud de un sistema político, considerando las objeciones de tipo material o de contenido que históricamente se han realizado. En otras palabras, se intentará verificar si las exigencias del Estado de derecho pueden aportar algún valor positivo a la complejidad económica y social latinoamericana.

## 1. El Estado de derecho como ideal formal

El ideal del Estado de derecho hunde sus raíces hasta las mismas elaboraciones de la filosofía clásica. Así, una constante en el pensamiento griego fue la tensión entre el principio de soberanía popular y el principio de soberanía de las leyes, con la consiguiente subordinación de aquel a este. El desarrollo práctico y teórico continuó en el tiempo, recibiendo aportes desde Tomás de Aquino hasta Montesquieu, Locke y Madison, entre muchos otros.

El estudio de este ideal se ha dado hasta nuestros días, cuando la discusión continúa. Ante semejante desarrollo, surge la pregunta acerca de qué debe entenderse por Estado de derecho. Una de las principales discusiones en la actualidad versa precisamente sobre su alcance.

Una primera distinción ha sido entre versiones formales y versiones sustantivas del Estado de derecho.<sup>2</sup> Las primeras varían en intensidad desde un modelo básico consistente en la consideración de una acción como gubernamental sólo cuando es autorizada por el derecho;<sup>3</sup> pasando por el modelo de “legalidad formal”, donde las reglas deben presentar determinadas cualidades (generalidad, claridad, no retroactividad, etc.) para ser válidas, conforme criterios de validez jurídicos y/o morales;<sup>4</sup> hasta una versión que añade a los elementos legales anteriores, la necesidad del consentimiento de los ciudadanos, es decir, la necesidad del carácter democrático del sistema de derecho que se trate.<sup>5</sup>

Las versiones sustantivas del Estado de derecho añaden a los valores de las versiones formales algún contenido sustancial. Así, estas teorías van desde una versión estrecha que agrega como contenido del Estado de derecho los “derechos individua-

---

<sup>2</sup> Brian Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 99.

les” propios del Estado liberal (libertad, propiedad, privacidad),<sup>6</sup> hasta otra versión ampliada que añade todos los derechos propios del Estado social de derecho.<sup>7</sup>

La cuestión sobre el alcance del Estado de derecho ha generado numerosos debates, y no podrá ser abordada aquí. En lo que a este trabajo respecta, se elegirá el paradigma formal de *rule of law*, conocido como modelo de la “legalidad formal”, con el fin de efectuar un contraste más claro entre la tensión contenido/forma.

En línea con las reflexiones que históricamente se han hecho sobre el tema, la noción central de Estado de derecho apareja la idea de *no arbitrariedad*.<sup>8</sup> Sin embargo, como ha señalado Raz, al menos en este sentido formal, si se entiende la arbitrariedad como el uso del poder político para propósitos no justificados (v. gr., para la promoción de intereses privados o partidistas), el Estado de derecho es compatible con ciertas formas de arbitrariedad.<sup>9</sup> Según este autor, el ideal del Estado de derecho choca ciertamente con las formas más comunes de poder arbitrario: un gobierno sometido al derecho está impedido para cambiar las normas de manera retroactiva, abrupta o secreta, conforme a sus intereses. La creación de normas jurídicas particulares que favorezcan o perjudiquen a determinado grupo o persona por parte del poder ejecutivo está también vedada.<sup>10</sup>

De todas maneras, se ha dicho que al ser el Estado de derecho un ideal formal “[n]o dice nada sobre cómo debe ser creado el derecho: por tiranos, mayorías democráticas, o de cualquier otra forma. No dice nada sobre los derechos fundamentales, igualdad o justicia”.<sup>11</sup> Las exigencias que supone el Estado de derecho, conforme a esta visión formal, no añaden ni restan nada al contenido de las normas del Estado, ni siquiera cuestiona el proceso de formación del gobierno. Se concentran sólo en el modo en que se aplican el derecho.

Respecto a este carácter formal del *rule of law*, se han dado una serie de razones para su justificación. En primer lugar, se ha señalado que las máximas del Estado de derecho son normas de segundo orden. Estas, por oposición a las normas de primer orden, no establecen directivas sobre las relaciones jurídicas entre las personas –como podría ser el principio de no dañar a otro o la buena fe–, sino criterios de corrección dirigidos a las propias normas de primer orden.<sup>12</sup> Así, un Estado tiende

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Cf. Martin Krygier, “The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology” en Gianluigi Palombella y Neil Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 57.

<sup>9</sup> Cf. Joseph Raz, “El Estado de derecho y su virtud”, trad. de Rolando Tamayo, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F. – Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002, p. 25.

<sup>10</sup> Cf. *ibid.*, pp. 25-26.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>12</sup> Robert Summers, “Los principios del Estado de derecho”, en Carbonell..., *op cit.*, p. 38.

a cumplir con el ideal Estado de derecho cuando su sistema jurídico se ajusta a estas reglas de segundo orden.

En segundo lugar, cabe preguntarse si hay razones para que las exigencias del Estado de derecho sean normas de segundo orden meramente formales, sin contenido material (o al menos no aparentemente). La respuesta afirmativa se ha basado en una serie de argumentos. Así, por un lado, se ha señalado la conveniencia de la formalidad de estas exigencias con la finalidad de que puedan ser aceptadas por gobiernos y fuerzas políticas de diversa orientación. Si se añadiesen contenidos materiales, el desacuerdo sobre cuestiones sustanciales fundamentales se trasladaría también al *rule of law*. La neutralidad de las reglas sería un modo de asegurar su aceptación.<sup>13</sup>

Por otra parte, el carácter formal del Estado de derecho facilitaría la crítica de los sistemas jurídicos. Si las exigencias comprendieran condiciones materiales y formales a la vez, la evaluación de los sistemas jurídicos se diluiría de algún modo, ya que, en ocasiones, las cuestiones sustanciales resultan más controvertidas. Que los principios del *rule of law* sean sólo formales les da mayor coherencia y unidad, y los argumentos que verifiquen la conformidad de los sistemas jurídicos obtendrían un peso mayor.<sup>14</sup>

Una tercera razón a favor del carácter formal de los principios tiene que ver con el rol crítico que estas normas de segundo orden ejercen sobre las de primer orden. Así, una correcta distinción entre máximas formales y exigencias sustanciales, v. gr., exigencias políticas o de justicia, sirve para obtener una visión clarificada en casos de conflicto.<sup>15</sup> Por ejemplo, cuando un gobierno determinado cambia de manera retroactiva la legislación por razones políticas sustantivas. El carácter positivo que el contenido de las normas de primer orden presente, es una cuestión distinta del respeto a ciertas reglas formales.

Esbozados los perfiles de este ideal normativo, y presentadas las razones para sostener su carácter formal, resta considerar a qué exigencias se está haciendo referencia. Quienes han estudiado el tema han enumerado más o menos principios. Aquí se hará referencia a la presentación, ya clásica, de Lon Fuller. Para el autor, un sistema jurídico que satisface el ideal del *rule of law* presenta (1) reglas prospectivas, no retroactivas, (2) que no son imposibles de cumplir; (3) reglas promulgadas, (4) claras, (5) y que guardan coherencia entre sí; (6) lo suficientemente estables para que la gente pueda orientarse por su contenido; (7) reglas generales; y (8) coherencia entre las acciones oficiales y las reglas generales.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 57. Esta necesidad de preservación del Estado de derecho habla de alguna manera de la importancia de los valores que se persiguen o se quieren resguardar mediante este ideal. A ello se hará referencia *infra*.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 57-58.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>16</sup> Cf. Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 39.

Este conjunto de reglas de segundo orden se erige en límite al ejercicio del poder político, evitando los tipos más comunes de arbitrariedad y el uso del derecho como un mero instrumento para el logro de objetivos privados. Más bien, la satisfacción de estas exigencias acarrea un valor determinado, al que se hará referencia luego. A continuación, se intentará contrastar este modelo formal con algunas demandas de tipo material.

## 2. Las críticas sustanciales al *rule of law*

El contexto social latinoamericano se ha visto marcado por la presencia de grandes desigualdades entre las personas. Desde esta realidad, se han efectuado una serie de críticas a la noción de *rule of law*. Dados los problemas sociales y económicos imperantes, se ha cuestionado la capacidad de un modelo formal que vincula de manera fuerte a los poderes políticos, pero que nada añade (o al menos no aparentemente) a una de las principales preocupaciones de teóricos y prácticos del derecho y de la política.

El cuestionamiento al *rule of law* se ha realizado desde al menos dos frentes: una fuerte conciencia de la importancia de los derechos humanos, concretamente en sus facetas económica, social y cultural; y, por otro lado, desde una valoración fuerte de la democracia y el mayoritarismo. En lo que sigue, se hará énfasis en el primero de los frentes de crítica.

El ideal del *rule of law* como modelo formal ha sido vinculado, cada vez con mayor frecuencia, a cierto modelo económico. Así, por ejemplo, se ha señalado una conexión entre *rule of law* y neoliberalismo. Las exigencias de este modelo formal acarrearán al menos una serie de consecuencias como la estabilidad y la previsibilidad. Con base en ello, se ha hablado del Estado de derecho como presupuesto del mercado, al mismo tiempo que se ha intentado señalar su autonomía.<sup>17</sup>

De este modo, se ha trazado una estrecha relación –casi sin distinción– entre Estado de derecho y seguridad jurídica. En palabras de Bidart Campos,

[c]on el principio de legalidad se procura afianzar el sentimiento de seguridad; el hombre moderno necesita sentirse seguro, saber de antemano qué es lo que debe hacer, qué es lo que tiene que obedecer, qué es lo que le pueden mandar que haga u omita. Con la certeza de que la voluntad individual de los gobernantes no podrá darle órdenes o imponerle obligaciones que no dimanen de la ley, se siente ya liberado de las sugerencias de la duda, de la desconfianza, de la intranquilidad.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Cf. Owen Fiss, “La autonomía del derecho”, en Roberto Saba (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, *passim*.

<sup>18</sup> Germán J. Bidart Campos, *Derecho constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 111, citado en Alberto Bianchi, *Dinámica del Estado de derecho*.

Así, se ha hablado de un sentido “amplio” de seguridad jurídica que comprendería: (i) un poder judicial regular y eficaz, (ii) claridad y coherencia en el sistema, (iii) estabilidad del derecho y (iv) confianza en las instituciones públicas.<sup>19</sup> Esta noción amplia coincidente en gran parte con las exigencias de la legalidad enunciadas por Fuller, no se seguiría del texto constitucional (al menos en el caso argentino) sino que presentaría un origen político-filosófico no explicitado.<sup>20</sup>

Este sentido amplio de seguridad jurídica sería una exigencia propia de un determinado modelo económico favorable al mercado. Como consecuencia, la satisfacción de esos elementos traería como resultado un menoscabo en los llamados “derechos sociales” de las personas. Esto se daría por varias vías.<sup>21</sup>

Por un lado, los derechos serían menoscabados por omisión. Esto, porque según se ha dicho, la versión ampliada de seguridad jurídica enfatiza sólo los derechos de propiedad y de libertad de contratar. Este énfasis iría en detrimento de restantes derechos fundamentales, tales como los derechos sociales.<sup>22</sup>

Por otro lado, se ha sostenido que algunas de las exigencias del *rule of law* (identificadas con seguridad jurídica) traerían como consecuencia una limitación de la intervención estatal en la economía. Esto sería problemático para la protección de derechos sociales, por cuanto es sabido que dicha clase de derechos precisa una intervención activa del Estado, lo que incluye el campo económico.<sup>23</sup>

Finalmente, un tercer modo de perjuicio a los derechos sociales se daría mediante medidas directamente violatorias de derechos sociales. De este modo, el autor citado hace referencia a la edición 2005 del *World Development Report*, del Banco Mundial. Allí, por ejemplo, se “sostiene que un buen clima de inversión ‘facilita la distribución del trabajo hacia sus usos más productivos’, mientras ayuda a los ‘trabajadores a soportar la movilidad del empleo’”.<sup>24</sup> Ello implicaría flexibilizar las condiciones de contratación como un aliciente al crecimiento productivo. Además, se indican otras medidas que afectan derechos sociales con el mismo fin de favorecer la estabilidad y la previsibilidad como factores positivos para la inversión. Esto –se

---

*La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 93.

<sup>19</sup> Cf. Horacio J. Etchichury, “La ‘seguridad jurídica’ como restricción a los derechos sociales”, en *Anuario XIV (2012)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, La Ley, 2014, pp. 66-67. Junto a ello, el autor señala la existencia de un sentido “estricto” de seguridad jurídica que comprende (i) el principio de legalidad (conocimiento de las normas y previsión de consecuencias), (ii) irretroactividad y (iii) control de constitucionalidad.

<sup>20</sup> Cf. *ibid.*, p. 67.

<sup>21</sup> Cf. *ibid.*, p. 71.

<sup>22</sup> Cf. *ibid.*, pp. 71-72.

<sup>23</sup> Cf. *ibid.*, p. 73.

<sup>24</sup> Banco Mundial, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, Washington, D. C., World Bank, 2004, p. 12, citado en Etchichury, *ibid.*, p. 74.

ha criticado— implicaría darles a estos principios una jerarquía constitucional de la que carecen, lo que significa ir más allá de las decisiones electorales mayoritarias.<sup>25</sup>

En relación con este último punto, se ha indicado que la supremacía de las mayorías aparece como sinónimo de ruptura del *rule of law*: ello directamente implicaría el reemplazo de un “gobierno de leyes”, por un “gobierno de hombres”. No obstante, se ha señalado que más allá de la importancia de controles al poder político, hay todavía otros valores que el sistema político debe respetar primero.<sup>26</sup> Se trata de la preservación del principio mayoritario como una condición para la democracia.

Así, se ha dicho que un gobierno de las mayorías no sólo es compatible con la preservación del *rule of law*, sino que es condición necesaria para su fortalecimiento.<sup>27</sup> Volviendo a la importancia de la cuestión sustancial, se ha indicado que quienes defienden la adopción de un gobierno de las mayorías, han propuesto una necesaria conexión entre el sistema institucional y la organización social de la comunidad. De este modo, se estaría asumiendo que las desigualdades sociales y económicas impedirían a los miembros de la comunidad política el ejercicio de una ciudadanía independiente.<sup>28</sup>

Ciertamente, este aporte de Gargarella distingue entre una posición meramente “liberal” que brega por la importancia de los controles institucionales sin más, y una posición “populista” que acentúa el papel de las mayorías desconociendo el valor del control. Lo real es que, como el mismo autor indica, los contextos políticos latinoamericanos han presentado mucho de lo segundo: la “objeción” mayoritaria que aquí se describe se ha tomado de hecho en un sentido bastante lato, sin asumir los valiosos matices que el autor citado considera.

De este modo, el énfasis en la cuestión económica y social (énfasis justificado, dados los graves problemas sociales de la región) ha sido vehiculizado mediante el discurso de los derechos y de las mayorías. Aun cuando no es claro que en el contexto latinoamericano haya sido aquel énfasis el móvil de ciertos desvíos institucionales, lo real es que las democracias latinoamericanas han dado muestras en diversas ocasiones de un fenómeno llamado “democracia delegativa”.

En este sentido, Guillermo O`Donnell ha caracterizado el fenómeno a partir de la premisa de “quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como él (o ella) considere apropiado, restringido sólo por la dura realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente”.<sup>29</sup> Esto implica que los límites institucionales vigentes, v. gr., el

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, p. 80.

<sup>26</sup> Cf. Roberto Gargarella, “The majoritarian reading of the ‘rule of law’”, en José María Maravall y Adam Przeworski (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 153.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, p. 162.

<sup>28</sup> Cf., *ibid.*, p. 163.

<sup>29</sup> Guillermo O`Donnell, “Democracia delegativa”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009, p. 12.

control parlamentario o judicial, son vistos como un obstáculo a la persecución de los objetivos políticos que ha sido delegada a ese agente de gobierno en particular. De este modo, no se trata de una práctica ajena a la tradición democrática, pero sí de una práctica menos liberal –en el sentido de poder limitado– que la democracia representativa.

Así, a modo ejemplificativo, una de las exigencias del *rule of law* que suele resultar incumplida por un modelo de este tipo, se refiere a la generalidad de las normas. En las democracias delegativas, “se observa que las decisiones se toman de modo frenético, lo que en América Latina se denomina ‘decretismo’. Se trata muchas veces de normas particulares referidas a determinadas materias, que cumplen el procedimiento normal de sanción de las leyes que requiere la intervención parlamentaria”<sup>30</sup>

Un gobierno que considera los límites institucionales como meros obstáculos para el desarrollo de sus propósitos constituye al menos un riesgo potencial de incumplimiento de las exigencias del *rule of law*. De hecho, es lo que ha mostrado la realidad institucional de los países latinoamericanos. No sería extraño que un gobierno que presente dicha creencia pueda emplear al sistema jurídico como un mero método de consecución de intereses políticos, y no como límite al accionar político o como fuente de legitimidad de los actos gubernamentales.

En ocasiones, sin embargo, se ha visto este modelo de democracia delegativa como un esquema apropiado para llevar adelante la protección de derechos sociales y/o de canalización de intereses mayoritarios. Gran parte de estas pretensiones luce como razonable, por lo que se hace necesario indagar acerca del valor del *rule of law* ante objeciones de tipo sustancial.

---

<sup>30</sup> Una práctica frecuente en este sentido suele ser el uso que en Argentina se ha hecho de los llamados “decretos de necesidad y urgencia” (DNU) por fuera de las previsiones constitucionales para este instituto de emergencia. En el caso de Venezuela, el artículo 203 de la Constitución establece la posibilidad de delegación en manos del presidente de ciertas materias legislativas a ser resueltas por decreto. Así, mediante una ley habilitante se señaló “un total de once ‘ámbitos’ en los que el presidente puede sancionar decretos con fuerza de ley: el ámbito de transformación de las instituciones del Estado permitiéndose ‘Dictar normas con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado, a los fines de que éstas, orienten su actuación al servicio de ciudadanos, en forma eficaz, eficiente, honesta, participativa, simple, imparcial, racional y transparente, evitando el sobredimensionamiento estructural y garantizando la participación popular’; en el ámbito económico y social para ‘Dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social, que permita la inserción del colectivo en el desarrollo del país, para lograr la igualdad y equitativa distribución de la riqueza, elevando así la calidad de vida de los ciudadanos, en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica, procediéndose a reinterpretar los derechos fundamentales y principios económicos bajo la nueva concepción del Estado social de derechos y de justicia’; o bien en el ámbito de la ordenación territorial para ‘Dictar normas que establezcan una nueva distribución de los espacios subnacionales, a los fines de que se establezca una nueva regionalización del país, para optimizar la acción del Estado’”.

### 3. Demandas sustanciales y el valor de un modelo formal

En la cultura jurídica contemporánea se encuentra prácticamente instalada la idea en virtud de la cual los derechos fundamentales se erigen en pautas de evaluación de los sistemas institucionales. Así, se ha señalado que los derechos “configuran los límites exteriores de la competencia legal de las instituciones políticas” y que ayudan “a definir lo que está bien o mal que el gobierno haga”.<sup>31</sup> Esto, más allá de ser una aspiración política, constituye –además, y sobre todo– una exigencia normativa de los textos constitucionales y/o supraconstitucionales vigentes.

Junto a ello, gran parte de las demandas de tipo sustancial tienen un carácter legítimo. Muchas veces, los cuestionamientos a modelos meramente formales parten de la consideración de injustas y graves desigualdades que requieren del derecho una respuesta profunda. Esta respuesta es la que intenta brindarse a través de numerosos mecanismos constitucionales que procuran un pleno desarrollo de la personalidad humana. En estas demandas puede apreciarse cierta sensibilidad respecto del valor de la persona humana.

Sin embargo, no necesariamente el sostenimiento de un ideal formal como el *rule of law* implica un obstáculo para el cumplimiento de otros ideales tipo sustantivo. Se trata de dos órdenes de exigencias que procuran la satisfacción de diversos aspectos de una misma finalidad. Es que de una correcta interpretación de los principios del *rule of law*, no se sigue un menosprecio de ideales sustanciales. Por el contrario, puede hablarse de un íntimo punto de contacto entre el ideal formal del *rule of law* y las demandas sustanciales.

Así, cuando en párrafos anteriores se hacía referencia a las razones para sostener el carácter formal del *rule of law*, se llamaba la atención sobre la importancia que tienen las exigencias del Estado de derecho como instrumento de evaluación del accionar gubernamental. La importancia de esto puede encontrarse en la interdicción de la arbitrariedad. No obstante, todavía cabe la pregunta acerca del valor de la limitación del poder político en uso del sistema jurídico.

La consideración de los ciudadanos del Estado como *sujetos racionales* constituye al menos una de las posibles justificaciones de dicho límite. A diferencia de un grupo de animales guiados por un granjero a donde a este mejor le parezca, con la posibilidad de cambiar de ruta, de retroceder o de avanzar sin el consentimiento de los sujetos pasivos del mandato, el gobernante humano tiene frente a sí un límite derivado de una cualidad esencial de los gobernados: la racionalidad.<sup>32</sup>

Esta cualidad implica que el ciudadano es capaz de deliberar entre varias opciones posibles y elegir la mejor conforme a una finalidad: su propio desarrollo personal.

---

<sup>31</sup> Fernando Atria, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto Saba (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 108.

<sup>32</sup> Robert P. George, “Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought”, *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, p. 192.

El Estado, en consecuencia, tendrá frente a sí la tarea de garantizar “un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables”.<sup>33</sup>

La limitación al accionar estatal se proyecta entonces en al menos dos direcciones: *qué* decisiones se toman, y *cómo* se toman esas decisiones. Ambas direcciones se relacionan con el carácter racional de los gobernados y con el conjunto de condiciones que deben ser resguardadas por el Estado. Lo primero, por cuanto no podrían adoptarse decisiones que vayan en contra de esas condiciones compartidas. En este orden se insertan ciertas demandas sustantivas basadas en los derechos fundamentales.

La cuestión acerca de *cómo* se adoptan las decisiones estatales hace referencia a la forma de dichas decisiones. Así, aunque se trate de limitaciones de carácter “procedimental”, estas exigencias procuran que el sujeto pasivo de las órdenes pueda conocer cuáles son dichas órdenes y, con base en ello, pueda planificar su vida. En este ámbito se ubica el ideal del *rule of law*.

Las exigencias del Estado de derecho contribuyen de este modo a respetar la dignidad humana, la que implica “tratar a los humanos como personas capaces de planificar y diseñar su futuro”.<sup>34</sup> En este sentido, Joseph Raz ha señalado que hay al menos dos sentidos en que no seguir los principios del Estado de derecho afecta la dignidad humana: cuando el sistema jurídico de que se trata conduce a incertidumbre, es decir cuando la falta de previsibilidad obstaculiza la toma de decisiones; o cuando genera falsas expectativas, como cuando se dictan normas retroactivas.<sup>35</sup>

En consecuencia, aunque se trate de un ideal formal, un alto grado de adhesión a las exigencias del *rule of law* presenta efectos positivos en lo referente a la protección de la dignidad de los ciudadanos. Es que “adherir al imperio del derecho siempre tiende a reducir la eficiencia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno. La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales, y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines”.<sup>36</sup>

De este modo, se observa cuán importante es el seguimiento de los principios del Estado de derecho: se trata de un modo de respetar al ciudadano en su carácter de agente racional y libre. En este sentido, ante la “objeción” que indicaba la relevancia de las condiciones socioeconómicas para el libre desenvolvimiento de la ciudadanía, habría que rescatar que tanto un valor como el otro resultan necesarios. Así, no hay una contradicción entre sostener que se debe respetar el carácter racional y libre de

---

<sup>33</sup> John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980], p. 184.

<sup>34</sup> Raz, *op. cit.*, p. 27.

<sup>35</sup> Cf. *ibid.*, p. 29.

<sup>36</sup> Finnis, *op. cit.*, p. 302.

un ciudadano, y afirmar que este debe contar con las condiciones que favorezcan su pleno desarrollo personal. De la misma manera, no hay contradicción real entre el ideal del *rule of law* y los derechos económicos, sociales y culturales.

Esto es así porque la condición de agente racional y libre supone como contrapartida la disponibilidad de una serie de bienes humanos básicos para que el agente pueda deliberar respecto de ellos y elegir el mejor conforme a sus preferencias. Esta disponibilidad de bienes básicos constituye, no sólo una manera de justificar el derecho, sino que se erige en presupuesto de los derechos humanos.

#### 4. Conclusión

El ideal del *rule of law* ha presentado un abundante desarrollo a lo largo del tiempo. Uno de los puntos de discusión sobre el tema ha sido su alcance. Al respecto se han dado distintas posiciones que van desde modelos formales hasta sustanciales con distintos niveles. Un modelo basado en la “legalidad formal” establece el cumplimiento de una serie de exigencias por parte de los sistemas jurídicos.

El cumplimiento de estas exigencias tiene como efecto la exclusión de la arbitrariedad del gobernante en la aplicación o utilización del derecho. De este modo, no toda arbitrariedad es impedida por el Estado de derecho, sino sólo un tipo específico, aunque suele ser el modo más común. En consecuencia, al ser el modelo propuesto de carácter formal, no aporta demasiado respecto a cuestiones sustantivas.

En este sentido, se ha señalado la mayor eficacia evaluativa que tiene un modelo que no asume máximas sustantivas, sino sólo exigencias formales. Sin embargo, los contextos de desigualdad en América Latina han gestado una serie de objeciones contra este modelo formal. En efecto, la preocupación por la vigencia de derechos sociales o por la vigencia de la democracia ha señalado la insuficiencia del *rule of law* para responder a esos problemas. Más aun, se han visto los principios del Estado de derecho como obstáculos para la realización de derechos o de vigencia de las mayorías.

Esta crítica ha estado presente en muchos gobiernos latinoamericanos. Así, al presentar las democracias latinoamericanas un carácter delegativo, los agentes gubernamentales han visto en los límites institucionales un obstáculo a la realización de las aspiraciones de la comunidad o a un proceso de promoción económica y social.

No obstante, la tensión entre *rule of law* como ideal formal y ciertos ideales sustanciales es más aparente que real. En efecto, el *rule of law* aparece como el mecanismo institucional más adecuado para asegurar la cualidad de sujetos racionales y libres de los ciudadanos. De este modo, las condiciones que aseguren el acceso libre a los bienes humanos básicos son un complemento de las exigencias del *rule of law*. Al ser estas condiciones un presupuesto de los derechos humanos, se diluye la contradicción señalada. *Rule of law* y derechos fundamentales constituyen dos órdenes de exigencias que procuran diferentes facetas de una misma finalidad: la protección de la persona humana.

## Bibliografía

- BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.
- CARBONELL, Miguel, Wistano OROZCO y Rodolfo VÁZQUEZ (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F. – Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.
- ETCHICHURY, Horacio J., “La ‘seguridad jurídica’ como restricción a los derechos sociales”, *Anuario XIV (2012), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2014, pp. 65-81.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980].
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.
- GEORGE, Robert P., “Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought”, *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, pp. 187-194.
- MARAVALL, José María y Adam PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- O`DONELL, Guillermo, “Democracia Delegativa”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009.
- PALOMBELLA, Gianluigi y Neil WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- SABA, Roberto (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- TAMANAH, Brian, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.