

EL PODER Y LOS DERECHOS: UNA HISTORIA FLORENTINA SOBRE TENSIONES Y FRACASOS*

ANDRÉS BOTERO BERNAL**

Resumen: Este trabajo es un análisis de un apartado del libro “*Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*” (Curitiba, Brasil, Juruá Editora, 2010) del profesor florentino Pietro COSTA. Se comenta y, a la vez, se reflexiona, la historia que narra esta obra, de un lado, sobre las tensiones entre la voluntad (poder) y la razón (los derechos del sujeto) y, del otro, sobre los fracasos de las múltiples teorías propuestas para evitar los efectos negativos de dicha tensión. Así, se expone el paso del Estado liberal del Derecho (con su estatilismo y legicentrismo) al Estado Constitucional, que es el paso de un *demos* soberano conformado por mayorías a un *demos* entendido como sociedad pluralista.

Palabras clave: Soberanía, democracia, representación, Escuela de Florencia, estatilismo, voluntad, razón.

Abstract: This paper is an analysis of a chapter of the book “*Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*” (Curitiba, Brasil, Juruá Editor, 2010) from Florence’s professor Pietro COSTA. This paper comment and reflects the story that COSTA tells in his work, from one side, about the tensions between *Voluntas* (power) and *Ratio* (rights of subject) and, on the other, about the failures of the many theories proposals to prevent the negative effects of such tension. Thus, this paper exposes the passage of the liberal State of law (with its statilism and law-centrism) to the constitutional State, which is the passage of a sovereign *demos* shaped by majorities to a *demos* understood as pluralistic society.

Keywords: Sovereignty, Democracy, Representation, Florence’s school, State, Will, Reason (*Ratio*).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS PRIMEROS RASTROS DE LA TENSIÓN ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN; III. LA TENSIÓN ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN EN LA DEMOCRACIA LIBERAL; IV. LA TENSIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO; V. LA TENSIÓN EN LA TEORÍA KELSENIANA; VI. LA TENSIÓN EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES DE LA POSGUERRA; VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2010.

Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

** Profesor de la Universidad de Medellín (Colombia). Correo electrónico: botero39@gmail.com.

Quisiera agradecer a los profesores Pietro Costa, Carlos Petit, Andrea Macía, Julián García y Érika Arroyave, por sus comentarios y sugerencias.

I. INTRODUCCIÓN

Contamos, ahora, con la fortuna de una traducción de varios ensayos del profesor florentino Pietro COSTA, editada gracias al juicioso empeño de los amigos de Curitiba, con el intrépido título de “*Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*”¹. No nos asombra, incluso, que la editorial Juruá haya asumido este encargo, puesto que hay una colección de historia del derecho liderada por un muy buen consejo editorial del que hacen parte destacados colegas, pero ante todo, queridos amigos.

Atendiendo la amable invitación del profesor Ricardo FONSECA, de aquéllas que es imposible rehusar, asistí a un merecido evento de discusión y análisis de esta obra, denominado “*Estilo Florentino: A historiografia jurídica italiana da América Latina*”, realizado el 5 de noviembre de 2010, en la Universidad Federal del Paraná. La reflexión que ahora se presenta es el resultado de mi ponencia en dicho evento y, además, fruto del intercambio que, con ocasión del mismo, ha surgido en los últimos días de este año lleno de celebraciones bicentenarias a cada lado del Atlántico.

El libro en cuestión está integrado por cuatro partes², que, en verdad, se traducen en dos líneas divulgativas. La primera (pp. 17-78) está basada en reflexiones sobre la epistemología de la historia del derecho y da cuenta de la labor tanto del historiador –sujeto que transita por los tiempos, lo que le permite servir de puente entre la alteridad del pasado y el horizonte del presente–, como del académico –que debe justificar su labor constantemente para convencer a los demás y, seguramente, convencerse a sí mismo de que su trabajo es útil dentro de la inutilidad que se le podría achacar–. Justo esta primera línea de reflexiones lleva al uso de bellas y rimbombantes metáforas que invitan a seguir el pensamiento del autor incluso con el libro cerrado, pues la imaginación es la que resulta incentivada cuando se lee “*a história como labirinto: a inutilidade da historiografia*” (pp. 74-78), que recuerda ese mismo efecto producido por otro importante texto, recientemente traducido al español, de nuestro Pío CARONI³. La segunda línea está presente en las tres últimas partes del texto, que terminan por concretarse en lo que considero, a mi modo de ver, es la conclusión que aglutina todos los ensayos previos. Me refiero al capítulo denominado “*Democracia política e Estado Constitucional*” (pp. 235-268).

Bastantes reflexiones suscitan ambas, pero, al momento de decidir comentar (y reflexionar sobre) un texto, la cuestión de la estrategia de comunicación de un libro –con dos

¹ COSTA, Pietro, *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba, Juruá Editora, 2010, 301 pp.

² A saber: i) *História do direito e história dos conceitos*; ii) *Soberania*; iii) *Representação*; iv) *Democracia*.

³ Me refiero, sin duda alguna, a: CARONI, Pío, *La soledad del historiador del derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Presentación de Italo Birocchi, Mora y Martínez (trads.), Madrid, Universidad Carlos III, 2010, 225 pp.

líneas divulgativas tan diferenciadas— obliga a quien hace la reseña a preguntarse si es mejor partir de análisis generales de ambas o centrarse en una de ellas. Ante tal disyuntiva, decidí, entonces, abordar sólo una de las dos líneas, pues así podría extenderme más en ciertos aspectos que urge dialogar ya no tanto con el autor mismo, sino con el lector (especialmente el latinoamericano, pues se trata de una edición brasilera). Tomé, para este escrito, la segunda línea (pp. 81-301) que es, en verdad, la que da sentido al título de la obra. Paso pues a la presentación y al análisis crítico de aquel capítulo ya comentado (pp. 235-268).

Este apartado corresponde al ya conocido texto “*Democrazia politica e Stato costituzionale*”⁴ y traducido por Érica HARTMAN, a quien debe hacerse el reconocimiento del caso, pues logró conservar el estilo ameno y pedagógico que siempre ha caracterizado a nuestro autor florentino.

Pero antes de entrar de lleno en lo que nos ocupa, bien vale la pena hacer otra reflexión inicial: ¿Cuál es el auditorio, tomando prestado este concepto de PERELMAN, de una reflexión analítica sobre una obra académica? Comúnmente, quien hace una reseña crítica tiene frente a sí a una dualidad de auditorios que determinan las estrategias retóricas: el lector interesado y, fundamentalmente, el autor analizado. Este afán de quien reseña (en un sentido amplio) de saberse leído por el autor reseñado determina, en mucho, las reseñas que generalmente se hacen y que abundan en el mercado de las revistas científicas. Además, tradicionalmente, las reseñas que valen la pena (descartando pues, de inicio, aquéllas que son simplemente aplausos prestados entre académicos) empiezan con variadas reflexiones sobre la escritura y la retórica del autor reseñado, intentando desnudar las intenciones últimas de quien escribió, para propiciar así debates (generalmente disciplinarios) que convenzan al lector de que quien reseña no sólo leyó, sino que leyó bien, y que convenzan al autor reseñado de que quien hizo la reseña es tan valioso en sus opiniones como él.

Sin embargo, yo tendré que marcar una pauta diferenciadora, puesto que la mayoría de mis reflexiones —con algunas excepciones, claro está—, están más enfocadas a preparar al lector para que pueda sacar el máximo provecho de esta obra sin mistificarla. Por tanto, no es una reseña por entero tradicional, pues la intención retórica y el auditorio los delimito frente a lo que generalmente se hace.

Claro que bien podría plantear algunas ideas muy generales sobre ciertas estrategias retóricas de COSTA que pueden ser de utilidad a cualquier lector, más allá de su procedencia geográfica. Por ejemplo, el texto de COSTA, tanto en su versión italiana como la portuguesa que nos ocupa, presenta aquello que podría denominarse “escritura traicionera”. Denominamos así a los trabajos que se presentan con moldes pedagógicos, párrafos que pueden ser leídos de corrido, páginas escritas en el mejor de los estilos, que el estudiante suele encontrar en los buenos manuales de clase. Pero esta forma de escribir generalmente está acompañada, por su utilidad retórica, de contenidos básicos, ligeros, generales. Esto no sucede, del todo, con la obra de COSTA, puesto que quien caiga en esta trampa estilística

⁴ COSTA, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

no podrá percatarse, por la velocidad que imprimió en su lectura, que cada página, cada párrafo, cada frase, involucra un mundo entero de conocimientos. Cuidado el lector con creer que éste es un libro que se lee fácilmente; por el contrario, no se puede caer en la tentación de leer de corrido creyendo que se transmiten ideas básicas, ligeras y generales. Claro está que, si el lector cae en esta trampa, efectivamente terminará el capítulo con conceptos fundamentales (lo que ya es un mérito: mejor saber algo que nada), pero habrá pasado por alto cientos, miles, de asuntos que el autor camufla entre su muy bueno y ameno estilo. Ya puede entenderse por qué esta escritura es traicionera.

También es recurrente en el autor intercalar citas especializadas con otras muy generales. Con las primeras, el autor parece más destinado a convencer –sigo con las paráfrasis retóricas– a especialistas, y con las segundas, sugerir bibliografía que ilustra temas amplios para lectores menos avezados. Cada lector, desde su propia postura, ya sea aquél que desea conceptos básicos (el lector turista, aquél que busca paisajes para fotografiar), así como el más especializado (el lector escalador, que desea dominar montañas), encontrará lo que busca con este intercambio de estilo en las citas contenidas en las notas de pie de página. Por demás, este mismo elemento ratifica, a mi modo de ver, la dualidad que encierra el texto y que da cuenta de esa escritura traicionera, pues el paisaje que se le ofrece al lector, tan pacífico y atractivo, no está exento de debates que asumió en diferentes momentos de su vida el autor italiano. La foto está lista para ser tomada, dirán algunos, las montañas dificultosas abren sus caminos para otros; pero, eso sí, se equivoca quien crea que estamos ante un manual de clase, aunque incluso para esto también pueda servir.

Siguiendo con las reflexiones de estilo, el autor, a diferencia mía, escribe en tercera persona. Logra así presentarse como un testigo, casi neutro, de sus lecturas y hazañas, que son, a fin de cuentas, las que se relatan en este bello libro. Asume, entonces, nuestro autor una postura casi como aquélla del antropólogo que describe la forma de cocinar en una tribu de Nueva Guinea sin que por ello se atreva a sugerir la dieta guineana como la mejor posible (hermosa metáfora usada por el propio COSTA en conversación privada). Agréguese que, dentro de esta neutralidad en la escritura, aparece una magnífica articulación entre el uso del pasado y el presente, no sólo en lo gramatical, sino mucho más allá. El lector se asombra, sin duda alguna, cuando, de una reflexión sobre el pasado, historia pura y dura, aparecen entre líneas comentarios pertinentes para una teoría contemporánea del derecho, por poner un ejemplo de este continuo balanceo entre el ayer y el hoy, muy de la mano por demás con el rol que COSTA asigna al historiador del Derecho en la primera línea de divulgación de su libro (especialmente pp. 47-53).

Y justo este último punto permite referirme a otro asunto del que aquí, por cuestión de espacio, sólo puedo enunciar: la competencia que la historia del Derecho le ha dado no sólo a COSTA, sino a todos los demás miembros de la Escuela de Florencia, para abordar otros campos disciplinarios; en especial, la teoría del Derecho, la iusfilosofía y el Derecho constitucional. La historia del Derecho, desde las raíces mismas de la escuela que nos habla –esta vez– en boca de COSTA, invita a salir de estas fronteras intra-disciplinarias y aprove-

char el bagaje adquirido y del que carecen, por lo general, los dogmáticos y los filósofos del Derecho. Por ello, no es de extrañar las continuas proyecciones de los iushistóricos de Florencia en los campos antes señalados, ni los títulos de obras como *Prima Lezione di diritto*⁵ (2003). Éstas ponen de manifiesto, así como otras cosas, las cercanías programáticas que existen, en diversos puntos, entre el neoconstitucionalismo (especialmente ZAGREBELSKY) con Paolo GROSSI, padre de la Escuela de Florencia, lo que quedó de manifiesto, entre otros actos, en el homenaje hecho a tan importante personaje florentino, ahora destinado al Tribunal Constitucional, por parte del *Istituto Italiano per le Scienze Umane*, en el que hicieron las respectivas laudatorias el maestro Carlos PETIT⁶ y, no asombra, el propio autor del “*Diritto mite*”⁷. Incluso, obras de COSTA como “*Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*”⁸ dejan en claro lo que se viene diciendo.

Siguiendo con la línea trazada, este texto parte de dos marcos de análisis que el lector no puede perder de vista en ningún momento. El primero es que se trata de una historia del pensamiento, una historia de las ideas, por lo que no podrá pedírsele una historia de los hechos socio-jurídicos que marcaron el rumbo concreto de las culturas jurídicas. El segundo es que se trata de una historia del pensamiento jurídico-político europeo-occidental, que si bien, por las mil conexiones atlánticas, fue fundamental para las ideas jurídico-políticas de América Latina, éstas (pensamiento europeo y latinoamericano) no pueden equipararse del todo.

Ahora bien, luego de estas aclaraciones sobre la escritura, debo introducir la presente reseña o reflexión analítico-crítica. Ésta es una reflexión, como ya se dijo, dirigida a un lector, especialmente latinoamericano, informándole de lo que podría serle útil para sus propias experiencias culturales, evitando así el gran peligro de estas obras que, desde su nacimiento, se perfilan como clásicos. Y no podría ser distinto teniendo en cuenta la fama que precede al autor y el escenario donde se gestó el libro: un excelente caldo de cultivo para la escuela florentina en América Latina (Curitiba en especial y Brasil en general).

¿Cuál es el peligro al que aludo? El colonialismo cultural. Este término es de difícil conceptualización, pero no por ello es irreal en los escenarios académicos. Tristemente, estas obras como la que ahora se reseña, tienden, por intención de los lectores pero no tanto por la del autor, a convertirse en lugares de administración de verdad, asunto que se incrementa si se quiere administrar verdad en contextos diferentes a los que tuvo en su mente COSTA al escribir estos ensayos que ahora se traducen al portugués.

⁵ GROSSI, Paolo, *Prima Lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003.

⁶ PETIT, Carlos, “Homenaje a Paolo Grossi (algo menos que una *laudatio*)”, *Quaderni fiorentini*, n° 39, 2010, pp. 555-564. Las palabras de homenaje dadas por Zagrebelsky le siguen a las de Petit en el mismo número (pp. 565-573). Las dos aportaciones fueron publicadas bajo el título “Per Paolo Grossi giudice costituzionale”.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

⁸ COSTA, Pietro, “Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra”, en *Direito natural, justiça e política*, Cunha (ed.), Coimbra, 2005. pp. 213-244.

La mistificación del buen libro académico por culpa del lector ingenuo o acrítico perjudica a todos. Al autor, porque se le termina por considerar un sujeto por fuera de los movimientos típicos de falsación; un individuo herculeano que, desde su dicho, puede dar respuesta a todo aquello que observamos, pero que, al darnos cuenta que lo que observamos no fue, necesariamente, lo que observó el autor (y no podría ser para menos), es rebajado en su papel de Hércules, con la misma fuerza con la que fue ensalzado, a los aposentos de Hades. Esto, por demás, explica, de un lado, la pasión ciega de nuestras culturas jurídicas en mistificar a un académico europeo o norteamericano para luego, con igual pasión, odiarlo y extirparlo de nuestros sistemas de reproducción del saber jurídico, en especial de los programas de enseñanza. Por tanto, nada más arriesgado para un autor que ser endiosado por motivos y responsabilidades que le son ajenas.

Pero no sólo pierde el autor, también pierde el lector que asume la postura de fiel, en tanto que, por querer ver como cree que ve su ídolo, termina como aquel pintor que, para poder seguir dibujando los bosques que amaba, luego del incendio, sigue en la misma ventana dibujando, pero con los ojos cerrados.

Pierde, aunque sobra decirlo, la disciplina misma, pues se niega el importante y fundamental diálogo que impulsa la acumulación del saber y los sistemas de administración del mismo.

En fin, pierden todos.

Sin embargo, tristemente, la historia de las culturas jurídico-académicas latinoamericanas está plagada, en mucho, por ejercicios colonialistas, surgidos, repito, en lectores ingenuos que canonizan, antes de tiempo, obras que pudieron haber dado más si se hubieran tratado como anticipaciones al diálogo. No olvidemos que el diálogo evita el trasplante.

Así, querido lector, este texto de COSTA, para que dé sus mejores frutos, debe ser matizado y contextualizado, lo que supondrá partir de un prejuicio hermeneuta: con la obra se anticipa el diálogo, pero no lo sustituye. Con este fin es que propondré escenarios al lector inquieto, diferente del lector-religioso, para que pueda dialogar con esta buena obra y sacarle el mayor provecho, sin que se convierta en una nueva Biblia. ¿Y cómo lograrlo? Con dos ejercicios prácticos: matizar (especialmente a partir de la contextualización) varias afirmaciones del autor italiano y preguntar incansablemente por los alcances de lo dicho. Empecemos, pues.

II. LOS PRIMEROS RASTROS DE LA TENSIÓN ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN

El texto de COSTA, en el apartado al que nos referiremos pero que creo concluye muchos de los capítulos previos, plantea que la historia de las ideas jurídico-políticas puede

ser re(con)ducida a partir de una dualidad que se nos presenta como una tensión constante y permanente: *voluntas* y *ratio*, que en el fondo es la misma tensión existente entre poder y derechos (p. 236). Y esta re(con)ducción se hace en virtud de que, para COSTA, la historia, en cierta forma, es una especie de retorno de lo idéntico, por lo cual la tensión en sí no desaparece con el paso de los años, aunque sí se modifican las ideas que entran en juego para resolverla o acrecentarla. Se plantea, entonces, la dualidad que marcará esta historia del pensamiento.

Aquí el lector no puede perder de vista la importancia de las dualidades en la disciplina jurídica, pues, a partir de ellas, por su gran valor expositivo, se ha explicado y desarrollado el pensamiento jurídico. Esto explica, pero cuestiona igualmente, la pretensión kelseniana de eliminar las dualidades en el estudio del derecho para lograr una única y pura dimensión del estudio de lo jurídico. ¿Qué habría sido, pues, del derecho si desapareciera la reducción de la complejidad que implica la dualidad? Y es que, parafraseando a LUHMANN, las dicotomías son intenciones académicas de reducción de la complejidad del sistema que desea ser explicado, y COSTA no renuncia a este ejercicio retórico, como puede observarse, pero estoy seguro de que el uso de esta dualidad no implica suplantar la complejidad de los sistemas reales que hay detrás. Es por ello que sugiero al lector que considere esta dualidad sólo como un buen ejercicio retórico del autor, que no niega la complejidad de las épocas, las ideas y los autores que a continuación se expondrán.

Volviendo a COSTA, el término recurrente es el de tensión entre voluntad y razón. Sin embargo, en el desarrollo del texto, lo que se plantea son los riesgos que se derivan para el Derecho (razón) de un Poder (voluntad) que, por falta de controles, se convierta en despótico frente a los derechos del sujeto. En consecuencia, el lector deberá interpretar la tensión, no como una alteridad (que supone relaciones estresantes entre dos entidades ubicadas relativamente al mismo nivel), sino como los peligros derivados para la entidad reivindicada en la modernidad como central (el sujeto) cuando el poder intenta dominar los derechos. La tensión a la que se alude en el texto es, simplemente, los riesgos de dominación de una (la voluntad) sobre la otra (la razón). Incluso, bien podría plantear el lector que una tensión (entendida castizamente: como la relación estresante de sistemas que no están jerarquizados entre sí) sería beneficiosa en una democracia pluralista (donde desembocará COSTA). Justo entonces puede verse cómo el significado que el lector atribuye a un concepto tan recurrente (tensión, por el momento) cambiaría el sentido de lo que podría decirse del texto.

Ahora, en lo que atañe a la voluntad, podría pensarse que el príncipe medieval sería su mejor ejemplo, lo que va de la mano con aquella imagen de tirano que los revolucionarios del siglo XVIII nos legaron como ideología cultural al referirse al temible Antiguo Régimen. Pero esto no es así, a criterio de COSTA, en tanto que el príncipe medieval se concibió más como un juez que como un legislador, esto es, más como quien dice Derecho en vez de quien crea Derecho (p. 237). Sin embargo, yo me pregunto si este esquema del príncipe del "*dicere ius*" puede extenderse a todo el Antiguo Régimen, es decir, si es aplicable al

monarca absolutista previo a la Revolución Francesa. Además, el lector bien puede tener en cuenta que, si bien es generalizada la opinión de un príncipe atado a la razón del Derecho⁹, hay opiniones encontradas que siguen refiriéndose a la potestad creativa del mismo, esto es, que el príncipe no renunció al “*legem condere*”, sino que supo camuflarlo en un discurso simbólico de “*iuris dictio*”, pues, a fin de cuentas, gozaba de mayor legitimidad la norma que se presentaba como previa a la voluntad del soberano (era más aceptada la norma que dijera que su contenido no era innovador sino que se trataba de volver a las antiguas costumbres olvidadas), aunque realmente así no fuera.

Sigue COSTA indicando que la teoría de HOBBS –quien sí sería un buen ejemplo de la voluntad– es un intento, el primero en la historia que nos narra, de superar la tensión (ahora entendida como la relación estresante entre dos sistemas más o menos iguales) a partir del monismo (la relación de dominación de uno sobre el otro): la razón debe estar sometida a la voluntad del soberano (p. 237). Pero esta estrategia de superación de la tensión, a partir del monismo, fue rápidamente desechada si se tiene en cuenta la importancia de un COKE en el constitucionalismo inglés, quien defenderá el historicismo del *common law* como un orden objetivo que fundamenta las libertades y limita el poder mismo (p. 238). Entonces, la tensión continúa tanto en el campo de las ideas como en el campo de las culturas políticas. Incluso, la tensión se nos presenta ahora en el esquema de división de poderes en la medida que, si hay algo indisponible a la voluntad del soberano, es lo que pueda ser atribuido a la tradición del órgano que se exhibe como una expresión de una razón imperturbable e imparcial: el juez (p. 238). Así, el pronunciamiento del juez aparece como un momento de transparencia, como una revelación y reconocimiento de una verdad preexistente de la que depende la solución de un conflicto o los privilegios de unos sujetos (p. 238). Esto explica una perspectiva que une tanto el imaginario del juez del Antiguo Régimen –que incluía al príncipe medieval (y lo fortalecía)– con el de los ilustrados, quienes lo consideraron un poder neutro o nulo en la estructura del Estado deseado, sumiso ante el soberano-legislador, por lo que aquí, incluso con el contractualismo ilustrado, la tensión entre voluntad y razón se sigue presentando. De esta forma, puede apreciar el lector cómo se nos presenta aquella escritura traicionera de la que hablé antes: en una frase COSTA nos describe mundos enteros¹⁰. Qué profundidad la que podría extraerse de esta paradoja, como, por ejemplo, el reconocimiento de ciertos rastros de historicismo en los planteamientos de los ilustrados del siglo XVIII, a partir de la mirada de la función del juez.

Así, con el fortalecimiento de las tesis ilustradas que implicaban una revalorización de la voluntad, el soberano se transforma en un pueblo, según el discurso político de la época,

⁹ Por ejemplo: GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari, Laterza, 1995; COSTA, Pietro, *Iurisdiction, semantica del potere politico nella giurispudicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969 (reimp. 2002).

¹⁰ Basta elogiar la capacidad de Costa de reducir a pocos párrafos aquello que, para quien desea mayores precisiones, implicaría libros enteros, como el acucioso análisis histórico, del mismo tema (la concepción del juez en la ilustración y en el estatismo subsiguiente) hecho por GARCÍA PACUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996. pp. 31-113.

dueño de su propio destino, mientras que la razón se vislumbra en el Derecho que limita al poder que gobierna al pueblo y que, a su vez, posibilita los derechos de sus integrantes (p. 239). COSTA, con esto, nos introduce en la forma que toma la tensión (entendida como sistemas estresados, pero más o menos equilibrados) ya con ocasión de la modernidad política: de un lado, la voluntad que se concreta en el poder de las mayorías —quienes, a partir de sus libertades positivas, determinan el destino del pueblo—, y del otro, los derechos de los sujetos, que, en ciertos momentos, rivalizan con la unidad de destino planeada por esa mayoría que es, en últimas, el *demos*.

Resulta que la democracia padeció, durante buena parte de la Edad Media, una mala fama, pues se le consideraba un régimen desequilibrado que permitía el gobierno de muchos (los pobres) sobre los pocos (los nobles, los escogidos, los ricos). Esta mirada peyorativa fue reemplaza paulatinamente, entre otros, por MARSILIO DE PADOVA (en el *Defensor Pacis* de 1324: el lector se preguntará por la omisión de Juan de Jandún) para quien el pueblo debe gobernarse a sí mismo, pero su concepto de pueblo difiere, enormemente, del de los modernos, pues, para aquél, el pueblo es una entidad colectiva internamente diferenciada y estructurada, a diferencia de un pueblo como relación de sujetos iguales predicado en el siglo XVIII (p. 240). Y es que el *demos* de los modernos pasa por un principio que constituirá, como lo explica el italiano, un eje central en la tensión entre voluntad y razón, poder y Derecho: la idea de un autogobierno de un pueblo compuesto de individuos libres e iguales (p. 240).

Aquí el lector acucioso podrá preguntarse si el *demos* que gobierna en la república soñada por los ilustrados es, en verdad, una mayoría que puede imponerse sobre los derechos del sujeto moderno. COSTA, haciendo una historia del pensamiento jurídico-político, afirmará que sí es posible hablar de ese *demos* como mayoría, pues fue un discurso legitimante muy eficaz. Sin embargo, como diré más adelante, el propio COSTA dudará sensatamente de la existencia de una mayoría gobernante en las democracias pluralistas del siglo XX, puesto que, en el fondo, quien gobierna en estas democracias es una elite que se somete a ciertas reglas de juego. Así las cosas, ¿existió un *demos*-mayoría en la democracia ilustrada y decimonónica? En una historia del pensamiento, basta con mencionar la importancia del *demos* como discurso de eficacia simbólica, sin requerirse comprobación empírica, máxime que el proyecto ilustrado del XVIII fue, como su nombre lo dice, un proyecto que no se concretó tal cual como fue pensado. Claro está que puede matizarse la afirmación de un *demos* gobernante en la democracia proyectada en el pensamiento de aquel entonces por dos motivos: a) los derechos políticos de las mayorías fueron, como lo indica COSTA, restringidos a favor del ejercicio político de una minoría propietaria; b) el *demos* exigía, incluso en su vertiente más radical, de una elite que tradujera la voluntad general en políticas públicas, elite que se extractaría de minorías socio-económicas privilegiadas ya por hechos externos a la política como por las restricciones a la libertad de participación hechas para evitar el acceso al poder, de forma incontrolable, de las masas de desposeídos.

Pero se trata de hacer un matiz, mas no una crítica, en tanto que COSTA es claro al enseñar que tanto para aquéllos que querían el sufragio universal como para aquéllos que

lo combatieron, la democracia coincidía con la universalización de los derechos políticos y se traducía en el comando (auspiciado o temido) de la mayoría.

En fin, este matiz parte de la misma duda metódica que plantea COSTA con el *demos* en el Estado constitucional y que más adelante expondré, la cual, creo, se puede ampliar, *mutatis mutandi*, al *demos* del Estado liberal de Derecho, permitiendo así una mejor comprensión de dicho sistema político. En consecuencia, si el *demos*-mayoría es un mito fundador o un elemento de eficacia simbólica de la democracia, ¿no habría sido mejor partir de ello desde un inicio que haberlo mencionado sólo en el momento de analizarse el constitucionalismo de posguerra? Se justificaría haber dejado la reflexión crítica del mito del *demos*-mayoría sólo cuando se enunció el Estado Constitucional contemporáneo si pudiera afirmarse que, en el siglo XVIII y XIX, en los pensamientos que circularon (pues esto es una historia del pensamiento) no existieron posturas o discursos que dejaran en claro la consideración del *demos*-mayoría como un mero mito. Esto remite, entonces, a varias cuestiones: ¿existieron discursos que ponían en tela de juicio la realidad del *demos*-mayoría? ¿Lassalle (con “¿*Qué es una constitución?*”¹¹) no sería uno de los muchos autores que habrían denunciado, en el campo del sistema burgués, el mito del *demos*-mayoría?

Siguiendo con COSTA, éste ubica su historia de tensiones y fracasos en el contexto de la modernidad, que parte, a su vez, del reconocimiento del sujeto. Entonces, la modernidad jurídica expresada en términos democráticos es aquella que considera que los derechos pasan por el sujeto (razón) que se reclama a sí mismo, frente al todo (voluntad), como una entidad con identidad propia. Tristemente, COSTA, seguramente por razones de espacio, y dentro de esa escritura traicionera de la que hablé, pasa de un lugar al otro esperando que sea el lector el que reconozca la complejidad allí existente. La modernidad jurídica y la tensión poder-derechos no habría sido tal sin la modernidad filosófica. La idea de un sujeto determinante de la acción política (lo que llamará el italiano “libertad de participación”) y de un sujeto con derechos frente al *demos* (“libertad-propiedad”) es consecuente con la idea de un sujeto sustantivo (DESCARTES), una mónada (LEIBNIZ), etc., que permitió en el campo filosófico hablar de una ruptura de la filosofía medieval con la moderna. Entonces, el lector no debe pasar por alto las ligaduras que, en una obra como la que comento, es imposible para el autor dejar planteadas.

III. LA TENSIÓN ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN EN LA DEMOCRACIA LIBERAL

Continúa COSTA explicando cómo la idea de sujetos libres e iguales determina el pensamiento moderno, a partir del estudio de los franceses, en especial Rousseau y Sieyès,

¹¹ Me baso en la siguiente edición: LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (1862), Introducción por Franz Mehring (1908), Bogotá, Temis, 1992.

así como de los estadounidenses. Podría ahora preguntarse el lector latinoamericano: ¿Y por qué los franceses y los estadounidenses? ¿Acaso la ilustración fue sólo francesa? ¿Acaso las revoluciones estadounidense y francesa fueron las únicas pertinentes para el caso de una historia de las culturas jurídicas, en especial las latinoamericanas? Bien se sabe que la Ilustración no fue un movimiento nacional, al igual que ya hay abundante literatura que deja en claro que la Ilustración conocida como “francesa”, si bien fue muy influyente globalmente, no fue la única, por lo cual hay que reivindicar, especialmente en los estudios de las Revoluciones de Independencia latinoamericanas, otras ilustraciones, como la napolitana y la española, por decir dos ejemplos geográficos¹². También hay ya literatura amplia que indica que, en el caso hispanoamericano, si bien las revoluciones estadounidense y francesa fueron importantes, no fueron el único elemento tenido en cuenta por los reformadores independistas¹³.

Pero el lector no puede perder de vista los marcos que el autor dejó en claro: en la historia de las ideas políticas europeas, los planteamientos de ROUSSEAU y SIEYÈS, de un lado, y de los revolucionarios estadounidenses, del otro, fueron determinantes en la explicación de la tensión entre voluntad y razón. Así, no puede olvidar el lector que fue en Francia donde el sujeto moderno se convirtió por primera vez en poder constituyente¹⁴ y que su revolución ejerció una influencia considerable sobre el debate europeo incluso hasta pleno siglo XX.

Lo que sí pido al lector es que, críticamente, rechace como propia una vieja, pero no por ello tolerable, tendencia de referirse a Estados Unidos como América, aspecto que, por

¹² ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León, “La formación intelectual de los constituyentes colombianos en la primera mitad del siglo XIX”, en *Origen del constitucionalismo colombiano. Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, Botero Bernal (ed.), Medellín, Universidad de Medellín, 2006. pp. 53-78; ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León, “Otras «luces» sobre la temprana historia política de Colombia, 1780-1850: Gaetano Filangieri y la «ruta de Nápoles a las Indias Occidentales»”, *Co-herencia: Revista de Humanidades*. Vol. 3, n° 4 (enero-junio), 2006, pp. 79-111; BOTERO BERNAL, Andrés, “Algunas influencias del primer proceso constitucional neogranadino: El constitucionalismo gaditano, las revoluciones, las ilustraciones y los liberalismos”, *Ambiente Jurídico*, n° 10, 2008, p. 168-210.

¹³ Por su parte, Levaggi (para dar un ejemplo de la literatura especializada) señala que, a pesar de la fuerza simbólica de estas dos revoluciones (la estadounidense y la francesa), éstas no explican del todo el tema y las disputas del federalismo y del centralismo en América Latina. Incluso, existieron otros modelos de organización territorial y político tanto o más relevantes pero que fueron invisibilizadas, como el suizo y el holandés. LEVAGGI, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007. pp. 17-32. Además, contamos con una importante obra que ha analizado las diferencias del proceso emancipador estadounidense con el hispanoamericano: JACOBSON, J. Mark, *The Development of American Political Thought*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1932.

¹⁴ “La gran novedad llevada a cabo por la revolución francesa (...) fue la de hacer aparecer de improviso sobre la escena, en su autonomía, una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente, como pueblo o nación” FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*, 2ª ed., Manuel Martínez Neira (trad.), Madrid, Trotta, 1998. p. 61. Sobra advertir la cercanía existente entre la obra de Costa, que aquí reseño, con la de Fioravanti, que acabo de citar.

demás, no fue debidamente corregido en la traducción; así, el lector podrá reparar con su acción un uso inadecuado que deja en claro una confusión entre el todo con la parte en el lenguaje académico.

Volvamos a COSTA. La tensión de la democracia de los modernos se plantea, pues, entre una mayoría dotada de una voluntad y unos sujetos dotados de derechos en tanto son iguales y libres, lo que fundamenta, en el discurso, la misma mayoría que reclama su derecho al autogobierno. Y ambos elementos de la tensión se fundamentan en criterios iusnaturalistas que atraviesan el modelo histórico defendido por COKE, LOCKE, HUME y BLACKSTONE, para el caso inglés; el modelo individualista de la revolución estadounidense; y el modelo estatalista que emerge con ocasión del desarrollo de las teorías de ROUSSEAU y SIEYÈS, entre otros, en Francia¹⁵. Sería el iusnaturalismo la manera como los modernos intentaron solventar los problemas derivados de dicha tensión: los sujetos, por ser libres e iguales, se constituyen en pueblo soberano que determinará los derechos de los sujetos. La voluntad y la razón se reconocen como interdependientes y con un mismo sustrato natural, lo que equivaldría a considerar como superada cualquier posible tensión (entendida como cualquier posible intento de dominio) entre el querer mayoritario, de un lado, y los derechos de los sujetos, del otro. El *demos* partiría, pues, de una “declaración” (y no de una “creación”) de los derechos naturales de los sujetos, con lo que las libertades, en tanto no son fruto del querer del soberano, estarían garantizadas (p. 243). De esta manera, el *demos*, ahora actuando como poder constituyente, al expedir un tipo especial de constitución, una que garantice la división de poderes y los derechos naturales (que podrían sintetizarse en el binomio libertad y propiedad que caracterizaba el discurso iusnaturalista racionalista europeo previo a la Revolución Francesa), eliminaría cualquier posibilidad de arbitrariedad y se tomaría equilibrada la relación voluntad-razón (pp. 243-244).

Pero la historia de esta forma de superar los peligros del dominio de la voluntad sobre la razón, en el plano de las ideas, involucra, según COSTA, la historia de su fracaso, puesto que, si la voluntad es soberana, no puede someterse al pasado (lo que explica, por demás, el rechazo al Antiguo Régimen y al modelo histórico de fundamentación de las libertades preconizado por los iusnaturalistas ingleses), ni al futuro (lo que explica por qué se predicó en plena Revolución Francesa y estadounidense que toda constitución sólo rige para la generación que la hace), ni a los individuos (por lo que la concepción de una limitación al Estado por parte de derechos naturales del individuo sólo hace que el Estado deje de ser soberano). En fin, la creencia de que la tensión se había superado no era más que la suposición de la buena intención del soberano, pero éste, por ser soberano, no estaría limitado con lo que (la razón de) el sujeto quedaría siempre a su merced. De esta manera, la tensión permanece pero con una arriesgada preponderancia en el discurso de la voluntad, esto es, de una nueva forma de manifestarse el deseo monista presente ya en HOBBS. El historicismo y, en

¹⁵ Me he valido aquí de la famosa distinción entre modelos histórico, individualista y estatalista planteada por otro miembro destacado de la escuela de Florencia: *Ibid.*, pp. 25-48.

mayor medida, el individualismo¹⁶, que son otras caras del iusnaturalismo fundamentador de las revoluciones del XVIII, terminan por dar lugar a un estatismo dominante y a un monismo que desea la sumisión de la razón ante la voluntad (pp. 242-243).

En consecuencia, la tensión (entendida como los riesgos del control de uno sobre el otro) se expresa con mayor fuerza cuanto más se fortalecen los intentos de la voluntad de someter la razón. La soberanía, como absoluta, radicada ahora en cabeza del Estado fruto del Contrato Social, se enfrentó al discurso de derechos fundamentales, lo que en el fondo implicó el enfrentamiento de dos visiones de la acción moderna de las libertades: la soberanía del *demos*, como efecto de las libertades de participación política (lo que justamente permitió que la mayoría se expresara mediante el uso de sus libertades positivas o de derechos civiles como el voto, dejando de manifiesto su intención gobernante sobre el destino común), y los derechos fundamentales anclados en concepciones de libertades negativas o, mejor aún, del binomio libertad-propiedad (que tanta historia tiene detrás y que COSTA menciona de forma general, pero que el lector debe complementar¹⁷) (pp. 244-245). Así, bien señala el italiano, que lo que parecía una democracia moderada, que evitaría la tensión, terminaría por ser un gobierno amenazante de la razón, de los derechos, de los sujetos, puesto que plantea un Estado como poder absoluto del *demos* y desvincula la tradicional dependencia de los derechos políticos de la libertad-propiedad, atribuyendo los derechos políticos a los ciudadanos como tales, sin considerar las cualidades morales y antropológicas de los sujetos (aspecto central del pensamiento filosófico moderno) que quedaron como el fundamento de la libertad-propiedad (p. 245). Ahora, este poder absoluto del *demos* no quedó sólo en el discurso, sino que se concretó en el mundo de la vida con el jacobismo, que, actuando en nombre del derecho natural a la soberanía radicada en el *demos*, pasa por encima de cualquier otra consideración (p. 246)¹⁸. Los sujetos, individualmente considerados, son sacrificados en nombre del pueblo soberano; la libertad-propiedad de los sujetos depende de la acción política social, esto es, de la libertad de participación de las mayorías.

Justo aquí, el lector podría preguntarse si la libertad-propiedad a la que alude COSTA como uno de los motivos de tensión no podría aplicarse, igualmente, como las libertades de participación. ¿Acaso las libertades de participación no pueden entenderse en la misma lógica iusnaturalista del siglo XVIII como una libertad-propiedad del sujeto libre e igual? ¿Sólo las libertades negativas pueden entenderse como libertad-propiedad? Esta pregunta no sería del todo extraña si se tiene en cuenta que el mismo COSTA reconoce, acertadamente, que la propiedad no era aún concebida en términos estrictamente económicos, sino que hacía parte de una grandeza antropológico-moral del sujeto moderno (p. 245), o cuando

¹⁶ Ver: *Ibid.*, pp. 43-48.

¹⁷ Por ejemplo, existe una larga tradición (que une, entre otros, a J. Locke con R. Nozick) que señala que cada uno es propietario de sí mismo, lo que fundamenta las libertades individuales. Entonces, si cada cual tiene la propiedad sobre su propia conciencia, nadie puede imponerle alguna religión o creencia (claro está que Locke condenó el catolicismo y el ateísmo, asunto que no puedo detenerme a explicar aquí, pero remito a: LOCKE, John, *A letter concerning toleration*, New York, Prometheus Books, 1990, pp. 63-64).

¹⁸ Igualmente, FIORAVANTI, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 68.

aclara que el poder del *demos* parte de la igualdad (¿pero acaso la igualdad no sería parte de la libertad-propiedad?). Claro está que esta pregunta lo que cuestiona es la precisión del término usado para la oposición discursiva a la que alude el italiano, pero no pone en duda que, efectivamente, se encuentra una oposición entre los derechos de participación, que constituyen el *quid* de la democracia, con los derechos y las garantías que reclaman los sujetos frente a las decisiones tomadas democráticamente por las mayorías. Tal vez, pero sólo para favorecer el diálogo, podría el lector considerar más apropiada la dualidad entre libertades de participación y libertades negativas; sin embargo, esta clasificación, como cualquier otra, presenta las mismas críticas que se plantearon: ¿es posible un término tan preciso que evite casos grises o la necesidad de matices?

Claro está que esta clasificación de las libertades que hace COSTA merece, como todo, una matización, por no decir que una sugerencia. ¿Qué entender por la libertad-propiedad que constituye la antítesis de la libertad de participación? Él, a partir de los ejemplos que da, incluye en la misma dos asuntos que deben ser diferenciados. Veamos casos concretos:

“Conceda-se a todos os cidadãos o direito de voto; rompa-se o tradicional círculo virtuoso entre propriedade e direitos políticos e teremos o seguinte cenário: uma evidente afirmação, na competição eleitoral, dos não proprietários, dada a exigüidade numérica dos proprietários. O parlamento cairá legalmente nas mãos de maiorias que, privadas de quaisquer relações com as elites econômico-sociais, começarão a demolir a golpes de decreto aquela liberdade-propriedade da qual dependem os destinos progressivos da civilidade moderna” (p. 246).

Claramente, COSTA alude a una libertad-propiedad que garantiza la supervivencia de las elites económicas y sociales. De esta forma, el lector podría creer que la tensión entre libertad de participación y la libertad-propiedad termina reduciéndose a la tensión entre pobres y ricos, muchos y pocos, igualdad formal y propiedad, asunto que es apenas una de las aristas del verdadero problema que plantea el italiano:

“Uma maioria parlamentar, que não obstante legalmente empossada, pode acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos: pode ser, precisamente, ‘tirânica’” (p. 247).

Más adelante (p. 248) sigue con la misma pista: que la forma de evitar mayorías tiránicas fruto del igualitarismo demócrata consistía en unir los derechos políticos con la libertad-propiedad, que fue justo lo que sucedió –generalizando– en el constitucionalismo latinoamericano de principios del XIX: sólo tienen acceso al voto aquéllos que podían demostrar ser propietarios, blancos, católicos, etc. Se trataría de una concepción de la libertad-propiedad entendida como garantía de un grupo social determinado. Lo más grave es que un lector anacrónico juzgaría severamente la libertad-propiedad, por considerar que

con ella se estaría enfrentando a los buenos ideales del actual Estado Social de Derecho: integración de las mayorías desposeídas.

Pero en otros momentos del texto, COSTA alude a los derechos fundamentales, sin radicarlos en un grupo social determinado, como derivaciones de la libertad-propiedad. Esto podría tener dos explicaciones igualmente plausibles en el texto que comento: la primera es, como ya se dijo, que, siguiendo la tradición racionalista previa a las revoluciones de finales del siglo XVIII, la libertad misma se consideraba una propiedad (asunto que ya mencioné en una nota de pie de página), puesto que ésta no era entendida sólo en términos económicos. Se tenía así propiedad sobre la conciencia, con lo que la libertad y la propiedad serían más bien términos implicantes, casi sinónimos. Así, la libertad-propiedad como un entramado similar se predicaría de todos los seres humanos en tanto seres racionales. La segunda es que debería diferenciarse libertad y propiedad, pero que, a pesar de ser derechos distintos, están en relación íntima, pues son la protección del individuo frente a la voluntad, frente al poder. Claro está que, en uno u otro caso, se llegaría al mismo punto: la libertad-propiedad, pero ahora entendida como un asunto individual más que grupal (por tanto, en un sentido más moderno), y con énfasis en libertades y/o propiedad más allá de las que garantizan el ejercicio de dominación de una élite ya favorecida; incluso, este concepto de libertad-propiedad sería el que se esgrimiría con éxito en el momento de tener que resistir un individuo, que no hace parte de la élite gobernante, los arrebatos de esta última.

Así las cosas, habría sido deseable que COSTA hubiera diferenciado la libertad-propiedad en sentido estricto (la que es esgrimida en defensa de los intereses de la élite para resistir un *demos* popular), de la libertad-propiedad en sentido amplio (la que es puesta para la defensa de los derechos de los individuos, incluso contra la élite propietaria cuando ésta determina la voluntad del soberano). Esta clasificación no sólo tranquilizaría al lector, sino que, además, habría sido muy ilustrativa para explicar cómo estas pueden entrar en tensión y cómo, de esta forma, la manera en que se creyó superada (por la limitación de los derechos políticos restringiéndolos a los propietarios de bienes económicos) terminó siendo un fracaso, pues los riesgos de la supremacía de la voluntad sobre la razón siguieron, a pesar de una predominancia de la libertad-propiedad en sentido estricto (es decir, limitando los derechos políticos a una élite propietaria), pero poniendo en jaque la libertad-propiedad en sentido amplio (es decir, los derechos del sujeto en general).

En fin, la tensión entre voluntad y razón en los discursos de los modernos permite a COSTA, muy de la mano de los planteamientos de su maestro GROSSI, interrogarse por la eficacia de la democracia para el sostenimiento de los derechos fundamentales:

“O poder do demos não é o trâmite dos direitos fundamentais, mas ao contrário, apresenta-se como sua principal ameaça. A democracia não realiza os direitos, mas sim os subverte” (p. 247).

Pero será el mismo COSTA quien, más adelante, aclare que estos señalamientos, como el que acabo de citar, se remiten, fundamentalmente, a la democracia decimonónica, ya que la constitucional contemporánea le merecerá juicios diversos que más adelante expondré. Caería, pues, en un error el lector que extienda estos juicios, propios de muchos miembros de la Escuela de Florencia, a toda democracia y a todo Estado. Incluso, en las cercanías programáticas entre el neoconstitucionalismo y la Escuela de Florencia (aunque no en todos sus miembros esta cercanía se dé por igual) queda patente que, en esta última, por lo menos desde mi perspectiva, no hay una intención de retorno al período medieval-estamental (como algunos quisieron ver en la obra cumbre del maestro GROSSI: *L'ordine giuridico medievale*), sino más bien un discurso que parte de la necesidad de superar el principio de igualdad jurídica que de alguna manera ya hace parte del imaginario político europeo como una conquista histórica, para llegar a un nuevo modelo que ponga en el centro todos los derechos (razón) y no sólo los políticos, que acepte los derechos no determinables por la mayoría como fundamento del ordenamiento, que se mueva en torno al pluralismo del pueblo y que valore la participación política a través de partidos limitados por reglas que escapen a su control parlamentario, entre otras cosas.

Ahora bien, el lector puede preguntarse por el rol de la democracia decimonónica en la realización de los derechos. Serían muchas las preguntas, para incentivar un diálogo, que aquí cabrían, pero quisiera dejarles algunas en específico al lector, sin comprometerme, aún, con una respuesta concreta: ¿qué responsabilidad tienen los teóricos estudiados (recordemos que estamos ante una historia de las ideas) como ROUSSEAU o SIEYÈS por la forma en que fueron adecuados e interpretados (es decir, en términos de hermenéutica gadameriana: traducidos) por los políticos y juristas decimonónicos? ¿Qué ventajas reportó para el individuo, fuente de la modernidad, la igualdad formal en contraposición con la estamentalización de la sociedad del Antiguo Régimen? ¿Acaso los monarcas absolutistas previos a la Revolución Francesa no eran, en parte, expresión de una voluntad que quería soslayar la libertad-propiedad en sentido amplio de los gobernados? ¿Por qué el reclamo de muchos teóricos de la libertad-propiedad en sentido amplio basado en el derecho natural racionalista justo en épocas previas a las revoluciones que bien analiza COSTA? No estoy diciendo que COSTA, en especial, y la Escuela de Florencia, en general, sean filo-medievalistas, ni que consideren al siglo liberal como una pérdida para (y de) la *ratio*; simplemente creo que estos interrogantes permitirían al lector ubicar en su verdadero cauce los juicios críticos del italiano, sin llegar a mistificarlos ni absolutizarlos (todo según nuestro plan inicial: interrogar y matizar).

Siguiendo con la democracia decimonónica, COSTA advierte la importancia de la libertad-propiedad, en el sentido restringido antes propuesto, en la determinación de los derechos políticos (p. 248), como forma de evitar los peligros de la tensión (entendida ahora como los peligros de que el *demos* popular determine los derechos de una minoría propietaria). Si quienes participan políticamente son los propietarios, las mayorías (de pobres) tiránicas serán imposibles y los derechos (de pocos) estarán salvaguardados, aunque,

hay que decirlo, éste no era el único criterio restrictivo en las libertades de participación, siendo otros la adscripción a la religión oficial, color de piel, varón, etc. (esto debe llevar al lector a matizar la importancia que la propiedad tenía en la determinación de los derechos políticos, que, si bien era fundamental en aquel entonces, no era el único criterio en las culturas jurídicas decimonónicas). Esto tuvo una particularidad, advierte el italiano, en el caso estadounidense donde, para salvaguardar los derechos fundamentales, se planteó el *judicial review* o la defensa judicial de la constitución, generándose una “sinergia” o una “conciliación” entre los diversos componentes del sistema jurídico-político, entre la voluntad y la razón, entre el *demos* y los individuos, entre el crear derecho y el decir derecho¹⁹.

Justo aquí considero que valdría la pena hacerle algunos comentarios al lector. COSTA, de un lado, desnuda los intereses en juego en la tensión entre *demos* e individuo a principios del XIX, dejando en claro cómo la libertad-propiedad en sentido estricto intenta una nueva conciliación entre voluntad y razón (otra historia de una forma de superar los riesgos del monismo –voluntad sobre razón– en buenos términos), pero para su propio beneficio (otra historia de un fracaso). Pero, del otro, utiliza ciertas palabras que, consecuente con su perspectiva del Estado constitucional y de los tribunales constitucionales que más adelante expondré, podrían dar a entender una mirada benigna por parte de nuestro autor a esta forma en que se pretendió evitar los efectos perversos de la tensión de la que se viene hablando. ¿Cómo podría asumir el lector esta página? Difícil tarea le espera, pero puedo aportar más leña al fuego.

COSTA, en estos momentos propicios, relata el contexto de la propuesta estadounidense del *judicial review*, pero no ahonda, ni tenía porque hacerlo, en lo que implicaría la articulación, en su seno, de la voluntad y la razón, asunto que sí puede, y debe, hacer el lector. ¿Los jueces constitucionales, por lo menos en el marco temporal del que se viene hablando, serían defensores de la libertad-propiedad en sentido estricto y, de alguna manera, garantes de los derechos de las élites burguesas? ¿Podría haber llegado a este punto COSTA? Si, por derechos fundamentales, se entendiera como principal objeto de protección la libertad-propiedad en sentido restringido, creo que COSTA habría podido concluir de igual manera. Así se articularía el texto, en este punto en concreto, con otras lecturas que, de tiempo atrás, ponían en entredicho la defensa de los derechos por parte de la *Supreme Court* estadounidense.

Entre estas otras lecturas está la de LETELIER, quien afirma:

“La desconfianza en el Legislativo será, así, una idea matriz en toda la organización constitucional norteamericana. Para lograr el objetivo propuesto debía idearse un sistema de control de los actos del Parlamento. Se pensó en un órgano especial de revisión compuesto por miembros del Poder Ejecutivo y Judicial, pero

¹⁹ Claro está que la propuesta estadounidense en la fundamentación de los derechos, limitando la voluntad del Estado, fue más allá del *judicial review*, asunto que FIORAVANTI expone en: *Ibid.*, pp. 77-95.

la idea no tuvo gran éxito. Una cosa sí estaba totalmente clara para los participantes en la Convención: los jueces debían tener un rol totalmente protagónico en este control. Diversas son las razones que motivaban esta conclusión. Una razón, sin embargo, normalmente no enunciada, resulta ser especialmente interesante. Los jueces en el siglo XVIII no provienen precisamente de los sectores desposeídos de la sociedad norteamericana. Ellos representan, de cierta forma, a las élites gobernantes y son, para ellas, una excelente forma de controlar, de apaciguar, de aquietar a las masas apasionadas²⁰.

Igualmente, es el caso de Ran HIRSCHL, quien en su obra *Towards Juristocracy* acuña el concepto de *juristocracy* como el ascenso de la *Supreme Court* mediante el control constitucional sobre la actividad legal (asunto que Roscoe POUND²¹, para Estados Unidos, y Eduard LAMBERT²², para Francia, en un diálogo interatlántico²³, criticarían fuertemente), lo cual él explica, entre otras razones, con base en la necesidad de contar con un órgano que garantice el derecho de propiedad y ofrezca seguridad a las élites (hoy día a los inversores)²⁴.

Lo anterior está conectado, también, con las críticas de ROSENBERG²⁵ a los tribunales constitucionales, al considerar que éstos no son los verdaderos promotores del cambio social, salvo en temas de amplia relevancia social (como la segregación racial, el acceso al voto, el aborto, la discriminación en el acceso al transporte y la vivienda, etc.). Incluso, hasta en estas decisiones, el cambio social que se anunciaba sólo se produjo, realmente, cuando estos temas llegaron a la agenda del Ejecutivo o del Legislador, siendo allí donde el cambio social significativo fue posible. En consecuencia, la función de la defensa de los derechos fundamentales como un contrapeso al *demos*, por parte del tribunal constitucional o la *Supreme Court*, está mitificada, puesto que es propio de las ramas del poder público

²⁰ LETELIER WARTENBERG, Raúl “Jueces ordinarios y justicia constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, n° 3, 2007, p. 544 (pp. 539-574).

²¹ Durante los intentos de implantación de una legislación social a inicios del siglo XX (intentos que se vieron profundamente afectados por decisiones individualistas por parte de la *Supreme Court* y que originaron una enconada reacción de varios colectivos sociales) se destacó la voz crítica de Pound, especialmente en una conferencia ofrecida en 1906 ante la *American Bar Association* (POUND, Roscoe, “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, *American Law Review*, 40 (September-October), 1906, pp. 729-749) que habría de dar a conocer su nombre en los círculos de abogados progresistas y le abrió las puertas a la Northwestern University Law School –gracias a J. H. Wigmore– y, más adelante, a Harvard.

²² LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États – Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie. Lambert, 1921.

²³ Diálogo analizado por: PETIT, Carlos, “Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el *Institut de Lambert*”, *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Durand y Mayali (eds.), Berkeley, Robbins Collection, 2000, p. 503-554.

²⁴ HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004, pp. 37–38.

²⁵ ROSENBERG, Gerald, *The Hollow Hope. Can Courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993.

que representan al *demos* (Legislativo y Ejecutivo) la promoción eficiente y duradera de los cambios sociales, en este caso, de los derechos. ¿Pero todo esto cuestiona lo dicho por COSTA? No, en la medida en que COSTA hace una historia del pensamiento y Rosenberg predica desde un análisis comparado de las culturas políticas. Son dos tramas distintas.

IV. LA TENSION EN EL ESTADO DE DERECHO

Continúa COSTA exponiendo pensamientos que expresaban el miedo a las mayorías tiránicas, siendo un buen ejemplo de ello Antonio ROSMINI (el lector queda esperando una indicación temporal sobre su obra), quien preconiza, para evitar los peligros del *demos* (mayoría de pobres legislando), la restricción de los derechos políticos y un tribunal judicial que sirva de poder contramayoritario en defensa de la libertad y de la propiedad (p. 248). No obstante, en Europa, la estrategia estadounidense no llegará pronto, puesto que allí se apostó, como forma de superar los efectos peligrosos de la tensión, por el “Estado de Derecho”.

El Estado de Derecho fue la manera en que se pretendió evitar los peligros de la tensión (o los peligros de la dominación de una sobre la otra) entre voluntad y razón sin hacer uso del iusnaturalismo racionalista. Entonces, con la llegada del positivismo (que sólo puede entenderse con la aparición moderna del Estado, que COSTA, al igual que muchos historiadores contemporáneos, considera una creación fundamentalmente decimonónica), surge la necesidad de fundamentar los derechos –que ya son parámetro de civilización incluso en el siglo liberal– en el código, en la ley. El derecho válido, positivo, es decir, el expedido por el Estado, contemplará los derechos de los sujetos y limitará el poder en beneficio de aquéllos (p. 249). En el fondo, se trata de un discurso de autolimitación del Estado, lo que contribuiría a que el *demos* no usurpe los derechos de los sujetos, lo que haría, por demás, posible un control judicial de la administración, de un lado, y una tutela judicial de los derechos otorgados por el Estado (p. 249), del otro, puesto que no puede olvidarse que, en este siglo, sí se puede hablar de derechos, pero limitados en su alcance en tanto son los concedidos por el Estado (p. 255).

Sobre el control judicial a la Administración, dice COSTA que se debe a que, en ese momento (especialmente a finales del siglo XIX), la amenaza que se veía para los derechos no estaba tanto del lado del legislador (que seguía anclado, aunque cada vez en menor medida, en las élites propietarias, fruto de las políticas de reducción de los derechos políticos de las masas populares), sino del Ejecutivo, quien, en ese entonces, era un agente muy activo en su rol de mediador de los conflictos sociales y de integración de las clases subalternas (p. 251). A fin de cuentas, estamos ante el Estado que crece en su rol interventor y ante el surgimiento del derecho social (con sus variantes de servicios públicos, derecho del trabajo, etc.). Esto explica que emergiera con rapidez un sistema de control de la Administración, provocado por el mismo Estado ahora entendido como soberano. Además, al controlar la Administración, se garantiza la sumisión del Ejecutivo ante la ley, pues el

juez, en el momento de juzgar el acto administrativo, deberá partir de lo ordenado por el Legislador, que continúa, en efecto, conservando para sí los rastros del poder incontrolable de la soberanía.

Así, en su historia de las ideas jurídico-políticas, COSTA trae a colación la buena sazón del derecho administrativo. Pero el lector debe saber que no sólo se reflejó esta pretendida manera de solventar la tensión en el derecho administrativo, sino también en otras áreas, como el derecho internacional, que justo en esos momentos hacía fiesta con la consideración de que el derecho internacional era fruto de la autolimitación de los Estados (teoría defendida por JELLINEK y VON TRIEPEL, entre otros). Un tratado es, pues, norma jurídico-internacional que obligaba a un Estado, puesto que éste, soberanamente, decidió autolimitarse al ratificar el tratado.

Hasta aquí podría considerarse, en la historia del pensamiento, como superada la tensión (o los peligros de la supremacía de la voluntad sobre la razón); pero, como bien lo dirá COSTA, el fracaso se repitió por dos motivos: A) ¿Qué pasaría si el Estado, que conserva la soberanía, decide retractarse de su propia norma que lo limitaba? Si las cosas se deshacen como se hacen, el Estado se puede librar de sus propias autolimitaciones (p. 250). B) La autolimitación del Estado permitiría juzgar las actuaciones del Estado a partir de las propias reglas de autolimitación que éste se impuso a favor de los administrados, pero esta función que ejercería el juez se entiende frente al poder Ejecutivo, pero no ante las acciones del Estado cuando actúa como totalidad, como soberano²⁶. Esto supone que el limitado es la Administración (*sub lege*), pero la ley sigue siendo entendida como soberana y, en consecuencia, imposible de ser controlada por el juez europeo (p. 251). Entonces, el riesgo de la arbitrariedad sigue estando presente en el legislador y, en virtud de la ley, debe trasparse al administrador quien debe obedecer la ley, sea arbitraria o no.

Aquí el lector debe tener presente algunas cosas: ¿Por qué el silencio de COSTA sobre la rama judicial? ¿Cabría una responsabilidad del Estado por una decisión judicial? ¿Sería controlable la decisión judicial? ¿El juez podría ser despótico con los derechos de los sujetos? Ya habíamos visto como COSTA pone la función de juez que declara derecho (*jurisdictio*) en el brazo de la razón (aunque más adelante acepta como un problema la politización –y, por tanto, su influjo en la voluntad– del juez en la contemporaneidad, pp. 267-268), por lo que la preocupación por la tiranía del *demos* está anclada, justamente, en los órganos que representan esa mayoría: Ejecutivo y el Legislativo. Además, dentro de la rama judicial liberal, existen diversos controles de la decisión, como la motivación, apelación, la casación, el miedo a la prevaricación, etc. Agréguese que, en el siglo XIX, en la historia que nos relata COSTA, el juez es un poder neutral, un aplicador de la ley, por lo

²⁶ Este asunto tiene tanto de largo como de ancho. Por suerte contamos con el trabajo de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *De responsabilitate: una breve historia de la responsabilidad pública*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008. Con el marco de Costa se entendería mucho mejor la historia que nos narra Martínez sobre cómo el aumento de la responsabilidad del Estado está relacionada con la erosión progresiva de su soberanía.

que la doctrina decimonónica se concentra más en explicar la soberanía como un ejercicio legislativo. Pero justo esto nos remite a interrogantes que pudieron complementar el texto: ¿Si el juez es concebido como un aplicador o declarador de la ley, como un poder neutral, no sería un órgano a ser contado dentro de los que están en la órbita de la voluntad y no de la razón? Seguramente, COSTA respondería que, en la óptica del estatalismo decimonónico, la ley aparecía como la síntesis entre razón y voluntad, por lo que el sometimiento del juez ante la ley soberana implicaría la continuidad de la comunión entre política y Derecho. Pero, a pesar de esto, el juez puede ser un factor importante de desestabilización de un equilibrio entre voluntad y razón, tal como lo fue la soberanía del *demos*, por lo cual el lector no podría descartar del todo, en su ejercicio complementario, el estudio del rol judicial en la (posible resolución de la) tensión que nos ocupa desde un inicio.

V. LA TENSIÓN EN LA TEORÍA KELSENIANA

Luego de este nuevo fracaso, aparece en escena KELSEN con otra propuesta. Señala COSTA que el austriaco entra a distinguir entre Estado real y Estado como ordenamiento, que es consecuente con la distinción entre hecho y norma. El Estado real sería, según esta historia, una metafísica pre-científica. El Estado, desde la óptica del positivismo kelseniano, sería el ordenamiento normativo, por lo que la dualidad Estado–Derecho desaparece y, con ella, la tensión entre voluntad de un Estado real, con la razón entendida como los derechos y los deberes de los sujetos²⁷. Además, KELSEN continúa incendiando la casa al señalar que el ordenamiento es jerárquico, por lo que la ley no es expresión de la soberanía en la medida en que está limitada por la Constitución, lo que justificaría un control de la ley (que se sumaría al control ya existente sobre los actos de la Administración) a favor de los derechos de los sujetos, derechos que estarían consagrados en la norma superior²⁸. Por tanto, la voluntad que se traducía en ley, al dejar de ser soberana, ya no tiene la fuerza para poner en jaque la razón, los derechos (p. 251). Sigue KELSEN replanteando el esquema de la tensión al señalar que el juez es tanto un declarador de derecho como un creador del mismo²⁹, por lo que la dualidad de voluntad-creadora y razón-declaratoria pierde sentido (p. 252). Entonces, la importancia del pensamiento de KELSEN en torno al equilibrio (mejor que decir tensión) de voluntad–razón, radica en la visión jerárquica del ordenamiento y el control judicial de la supremacía constitucional. De esta manera, aparece en KELSEN que el estatalismo (ahora desvinculado del legicentrismo) y la democracia son compatibles en el Estado Constitucional, teniendo en cuenta que apuntaba a un tipo especial de democracia (ya no el gobierno llano del *demos*, sino el respeto por ciertos valores políticos, como la protección de las minorías, alternancia del poder, etc.) y de Constitución (una que consagre

²⁷ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, pp. 289-320 (párrafo 41).

²⁸ *Ibid.*, pp. 228-236 (párrafo 35).

²⁹ “Die Interpretation durch das rechtsanwendende Organ ist stets authentisch. Sie schafft Recht“. *Ibid.*, p. 351 (párrafo 46).

esos valores políticos y que exija mayoría reforzadas al momento de expedirse leyes que comprometan derechos de minorías, que establezca un tribunal constitucional, etc.).

Agréguese, a favor de la interpretación hecha por COSTA, que hay más argumentos que aclaran cómo, para KELSEN, los peligros de la relación voluntad-razón que se vislumbraron en las democracias decimonónicas se desvanecerían con su *Reine Rechtslehre*. En primer lugar, KELSEN critica la igualdad material en tanto ésta no existe realmente, constituyéndose en una ideología de lo que es justo y, por tanto, debe ser excluida en un positivismo puro³⁰; y considera la igualdad formal (fundamento de la voluntad liberal) como un principio ideológico que busca la legitimación del sistema político existente, sea cual fuere³¹. En consecuencia, en una Teoría Pura del Derecho, la igualdad, en tanto ideología, no es un argumento válido científicamente por lo que pierde toda su fuerza como fundante de la voluntad del *demos*. En segundo lugar, y consecuente con su perspectiva sobre la igualdad, la seguridad jurídica (que es un ideal de la voluntad que así justificaba sus intromisiones peligrosas ante los derechos de los sujetos) es otra ideología rechazable por la *Reine Rechtslehre*: es una ilusión en tanto no hay una interpretación correcta o un único sentido de la norma³². Pero estos dos aspectos son sólo un par de ejemplos de los muchos otros que el lector puede poner para complementar la línea trazada por COSTA, los cuales se resumen en la imposibilidad de hacer compatible el estatismo-legicentrista liberal con la Teoría Pura del Derecho.

No obstante, dice COSTA, la teoría kelseniana termina siendo, una vez más, un fracaso, puesto que la voluntad ya no es soberana en términos de Ley pero sí en términos de Constitución, por lo que, con sólo modificar la Constitución, ésta tendría el efecto autoritario y despótico que antes padecía la Ley (esto es, que la voluntad continúa amenazante, ya no en forma de Ley sino de Constitución). El problema del uso despótico de la Ley, por parte de las mayorías, queda de cierta manera solucionado, pero no el uso despótico que ellas pueden hacer de la Constitución, en tanto conservan el poder de reformarla. Agréguese que, con KELSEN, los derechos de los sujetos (en cuanto su contenido, en cuanto su interpretación y en cuanto la forma de resolver sus conflictos³³) son determinaciones jurídicas derivadas de la voluntad, por lo que el mismo Derecho podría cambiar su sentido en cualquier momento, pues lo contrario sería aceptar que hay derechos que son previos al Derecho positivo, asunto que rechaza abiertamente KELSEN (p. 253). Y es que, al parecer, sólo afirmando la objetividad de los derechos (esto es, afirmando la necesidad y la existencia de los derechos antes y por fuera del Estado) sería posible la defensa de los derechos contra el Estado (p.

³⁰ KELSEN, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Stuttgart, Reclam, 2000, pp. 34-35 (parágrafo 22).

³¹ *Ibid.*, pp. 35-40 (parágrafos 23-25).

³² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, Capítulo VIII (parágrafos 45-47, pp. 349-356).

³³ Todo conflicto entre valores (y los derechos fundamentales tiene un alto contenido de valor) se resuelve, realmente, por medio de la voluntad de quien resuelve. KELSEN, *Was ist...*, *op. cit.*, pp. 16-17 (parágrafos 6-7). “*Es ist, letzten Endes, unser Gefühl, unser Wille, nicht unser Verstand, das emotionale, nicht das rationale Element unseres Bewußtseins, das den Konflikt löst*“ (*Ibid.*, p. 16). Ahora, esa voluntad puede convertirse en voluntad soberana si el que resuelve se considera a sí mismo soberano o delegado del soberano.

254). En consecuencia, nos dice COSTA, la tensión (entendida como los peligros de la preeminencia de una sobre la otra) entre voluntad y razón permanece en KELSEN, a pesar de los buenos intentos de este último para superarla, algunos de los cuales serán recogidos por los que le siguieron.

Pero antes de seguir con esta historia, el lector bien puede ver cómo en esta obra se reivindica a KELSEN, quien, por haber sido mitificado indebidamente décadas atrás, ahora pasa, poco a poco, a ser odiado en las culturas académicas latinoamericanas³⁴. En efecto, KELSEN es un demócrata y defensor de un Estado Constitucional, pero, bien lo señala el italiano, sus conceptos de democracia y Estado Constitucional no serán los mismos que defendería un neoconstitucionalista contemporáneo³⁵, tal como explicaré más adelante.

También, el lector podría detenerse y escalar, con cuidado, esta montaña que bien dibuja COSTA. ¿Y cómo hacerlo? En primer lugar, matizando la afirmación de que KELSEN consideraba al Estado real (voluntad soberana) como una metafísica pre-científica, en tanto lo que señala el austriaco es que el Estado real es un objeto que no es propio de la ciencia del Derecho. Así, lo que KELSEN acusa como ideología (es decir, metafísica pre-científica para la *Rechtswissenschaft*) son los discursos que, dentro de la ciencia del Derecho, querían justificar cierto tipo de Estado o los que quería limitar, con base en supuestas normas superiores, al (Derecho del) Estado mismo. La separación entre política y ciencia del Derecho no implica *per se* la consideración del Estado-real como inexistente o como ideología pre-científica para todo saber posible, sino, simplemente, como objeto extraño a la pureza que debe predicar el positivismo jurídico; lo que sí es pre-científico, a la luz de la Teoría Pura del Derecho, son los discursos políticos y/o morales que se pretenden legitimar a sí mismos al catalogarse como científico-jurídicos. Que sea el lector quien forme su criterio, pero no sin antes leer, por lo menos, el prólogo a la primera edición de la "*Reine Rechtslehre*"³⁶. KELSEN, pues, no pretende la supresión de la ciencia política ni afirma la inexistencia de sus objetos de reflexión prioritarios, como el Estado entendido como voluntad; lo que predica es una pureza metodológica de la ciencia del Derecho a partir de una cosmovisión fragmentada de las disciplinas.

Esto me lleva a otra consideración para el lector: KELSEN puede ser reivindicado por una teoría política del Estado y, desde esta óptica (mas no tanto desde la jurídica), observar cómo, con su teoría, se mantiene la dualidad y, por ende, la tensión que se produce entre la voluntad con los derechos. Esto puede saltar a la vista en la recién editada *A new science of politics. Hans Kelsen's reply to Erik Voegelin's "New science of politics". A contribu-*

³⁴ Sobre la recepción de la obra kelseniana en América Latina, señalando los efectos de amor y odio que ésta generó, ver: LÓPEZ MEDINA, Diego, *La teoría impura del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional, 2004.

³⁵ Baste citar KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Luengo Tapia y Legaz Lacambra (trads.), Monereo Pérez (ed.), Granada, Comares, 2002.

³⁶ Nos basamos en KELSEN, *Reine Rechtslehre, op. cit.*, p. III-VI.

*tion to the critique of ideology*³⁷, donde KELSEN se refiere a las opciones de una ciencia política (y aprovecha para defender, en 1954, el positivismo ante los embates académicos de posguerra), así como en trabajos, con más sazón latinoamericana, como los que compiló Oscar CORREAS³⁸ quien afirma:

“Este otro Kelsen, que nos propone el derecho como espacio y resultado, siempre provisorio, de la política; que propone al derecho como mecanismo de la democracia, antiestatalista, pero sin ingenuidades anarquistas; que nos propone el derecho internacional como posibilidad para la paz, que por ser la única posibilidad no tiene nada de ingenuidad. Este otro Kelsen que desconfía de las computadoras para recordarnos que detrás de cada una de ellas hay un individuo que la maneja, una voluntad que puede o no hacer andar la razón envasada; que nos propone el mito de dios parejo al del Estado; que piensa las normas como un acto de voluntad que da el sentido a la conducta de otros, es decir, como un acto de dominación; que muestra la radical irracionalidad de la interpretación y la aplicación de la ley, que no son sino actos políticos legitimados; que nos propone la *Grundnorm* al final, como una ficción que actúa en nuestra conciencia invistiendo a otro de una autoridad que no posee por sí mismo; que nos muestra a todos nosotros nuestro *rol* de órganos del Estado, de ciudadanos vigilantes del cumplimiento de la ley que nos domina; que nos propone al Estado como acto ideológico de “imputación”; que explora la psicología individual de los totalitarismos y su “visión del mundo”; que nos muestra al derecho subjetivo como técnica de la sociedad capitalista, esto es, al *sujeto* como creación histórica, mucho antes que Foucault”³⁹.

Desde la óptica de lectura que plantea CORREAS –que el lector podría considerar exagerada en ciertos puntos–, KELSEN, antes que buscar la supresión de la tensión de la voluntad-razón, parte de su reconocimiento y, por ende, del reconocimiento de sus peligros para la democracia, por lo que propone una ciencia del Derecho neutral (la neutralidad es, en el fondo, una decisión política y, además, una forma de enfrentar, desde la academia, los riesgos del estatalismo tiránico que siempre busca ideologizar al Derecho y a su ciencia) y una acción política crucial para limitar la voluntad del poder (que es la que determina el contenido del Derecho y guía la actividad interpretativa del órgano aplicador de la norma jurídica⁴⁰).

Se trata, pues, de otra lectura de KELSEN, pero no opuesta a la señalada por COSTA, en la medida que ambas lecturas aceptan, al fin y al cabo, que la tensión voluntad-razón no desaparece, queriéndolo o no KELSEN, en la Teoría Pura del Derecho.

³⁷ KELSEN, Hans, *A new science of politics. Hans Kelsen's reply to Erik Voegelin's "New science of politics"*. *A contribution to the critique of ideology*; Eckhart (ed.), Frankfurt, Ontos Verlag, 2004.

³⁸ CORREAS, Óscar (compilador), *El otro Kelsen*, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2003.

³⁹ En la presentación, *ibid.*, p. 16.

⁴⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre, op. cit.*, pp. 350-353 (párrafo 46).

Por último, el lector latinoamericano no debe perder de vista la importancia de KELSEN para el pensamiento jurídico europeo en lo que atañe a la defensa judicial de la constitución y a la supremacía constitucional frente a la ley. Además, COSTA deja bien claro que él habla para las coordinadas de la cultura jurídica europea-continental (p. 253). Sin embargo, ya en América Latina, antes de los escritos de KELSEN, ya existían prácticas normativas y judiciales en la misma dirección, como la acción de amparo mexicana (1841) o la acción pública de inconstitucionalidad colombo-venezolana (1897-1910), por citar dos ejemplos, asuntos a los que me referí en otra ocasión⁴¹.

VI. LA TENSIÓN EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES DE LA POSGUERRA

Volviendo con COSTA, éste señala que esa objetividad (faltante en KELSEN) que se requiere para el empoderamiento de la razón ante la voluntad se encuentra, justamente, en las ideologías de resistencia a los totalitarismos de los años treinta (pp. 254-255), que, a su vez, dejaron en claro un renacimiento de las doctrinas del derecho natural previas a las revoluciones del siglo XVIII (p. 256), renacimiento que el italiano ubica en dos líneas: A) en el tronco de la reflexión teológica cristiana (que no nos extraña que sea más o menos la misma posición de ZAGREBELSKY⁴²), que la cataloga como de iusnaturalismo en sentido estricto (p. 256). B) Sin embargo, es mucho más revelador de la nueva cultura jurídica el iusnaturalismo en sentido amplio, que, con orientaciones heterogéneas, predica la existencia de un vínculo inmediato entre persona y Derecho con independencia del Estado pero que determina la legitimidad de este último (p. 256). Esta última línea presenta una gran ventaja: por su heterogeneidad, no puede contar con un único sistema fundacional de los derechos, lo que da lugar a debates constructivos en las culturas políticas multiculturales contemporáneas en el momento de fundarse, en el ámbito nacional e internacional, los derechos (p. 256). En fin, una vez pasada la Segunda Guerra Mundial, las nuevas constituciones reflejan este ideal objetivador de los derechos, pues éstos son el mejor baluarte contra el despotismo estatal (p. 255).

Ahora bien, los Estados constitucionales europeos de posguerra son, en alguna medida, resultado de la teoría kelseniana, por su concepción jerárquica del sistema jurídico y por la defensa judicial de la Constitución como sistema contramayoritario (p. 257), pero sin caer

⁴¹ BOTERO BERNAL, Andrés, “Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na America Latina”, Francisco Codorniz (trad.), *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, Curitiba-Brasil, n° 49, 2009, pp. 109-126.

⁴² El fundamento de los derechos está en el humanismo cristiano-católico, según: Zagrebelsky, *Il diritto...*, op. cit., especialmente el capítulo cuarto. Una crítica a la consideración del iusnaturalismo católico como el fundamento de los derechos modernos, en: PECES-BARBA, Gregorio, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Marina Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1995, pp. 159-160 (pp. 157-173).

en el formalismo del austriaco que fue, según COSTA, el culpable del fracaso de su sistema de equilibrio entre voluntad-razón. ¿Y cómo se evita el formalismo? Con la concepción de los derechos como principios superiores objetivados (p. 257), asunto que acerca, en mucho, el relato de COSTA al neoiusnaturalismo, desde la óptica de los positivistas, o al no-positivismo, desde la postura de los iusnaturalistas clásicos.

De esta manera entramos a otra fase de la historia de la tensión (entendida como el peligro de la supremacía de la política sobre el derecho) entre la voluntad y la razón: la segunda mitad del siglo XX europeo. Aquí, en teoría, la voluntad sería asumida por el Estado –pero no cualquiera, sino el constitucional–, y la razón por la Constitución, pero no cualquiera sino las nuevas constituciones (neoconstitucionalismo). En este espacio y tiempo del pensamiento jurídico-político (pues es una historia del pensamiento), los derechos quedan plasmados en una Constitución, por lo cual ya no son planteamientos morales sino derechos positivos (p. 258)⁴³ que, aprendiendo de los errores de KELSEN, se resisten a las mayorías, ya no sólo en el plano legislativo (con la subordinación de la Ley frente a la Constitución), sino también en el constituyente, puesto que se convierten en cláusulas inmodificables para el Parlamento (p. 259), lo que implica una distinción muy particular: el poder constituyente y el poder de revisión de la constitución del que dispone la mayoría parlamentaria, tal como él lo señala expresamente (p. 259).

Así, las teorías tradicionales del poder constituyente quedarían reservadas para la primera distinción, pero no para la segunda, aunque el lector podrá preguntarse, hábilmente, si el poder constituyente no parlamentario –esto es, el pueblo (ya sea mediante una Asamblea Nacional Constituyente, o un referendo constitucional, etc.)– puede o no modificar la Constitución en lo que atañe a los principios jurídicos básicos de organización del Estado democrático y a los derechos fundamentales. Si la respuesta es un sí, pues entonces seguimos en el mismo problema que COSTA observó en KELSEN: no hay garantía anti-mayoritaria plena para evitar la eliminación o suspensión de los derechos, sino, a lo sumo, dificultades sistemáticas que se imponen a la mayoría; en este caso, ya no sería el Parlamento quien podría modificar la Constitución en contra de los derechos, pero sí podría hacerlo el pueblo mismo (soberano) en ejercicio de su libertad de participación. Otra respuesta podría ser que ni siquiera el pueblo, como poder constituyente, podría hacer tal cosa, lo que supondría, de un lado, que ya no habría soberano (no puede afirmarse que hay poder constituyente para ciertas cosas y no para otras: si la soberanía tiene límites, ya no es tal), y, del otro, que tendría que darse cuenta, ya no solo al académico, sino también al ciudadano, de algo más que difícil: que hay una razón objetiva, y por tanto válida, que permitiría extraer del ámbito del constituyente estos temas, a pesar de que se parte de la pluralidad del pueblo (¿cómo afirmar la existencia de una objetividad cuando se parte de la pluralidad?)⁴⁴.

⁴³ Algo así como un derecho positivo que, por ser objetivado, actúa *como si* fuese un derecho natural. Ver: ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, *op. cit.*, capítulo sexto.

⁴⁴ Bobbio, por ejemplo, considera que la pregunta por el fundamento de los derechos es una tarea inútil (BOBBIO, Norberto, *Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, p. 421-466; BOBBIO, Norberto,

Sobre este asunto, algo puede rastrearse en COSTA cuando afirma, junto a MORTATI⁴⁵ (aunque también hubiera servido para este propósito el texto de LASSALLE “¿*Qué es una Constitución?*”⁴⁶), que la Constitución escrita es simplemente la punta del iceberg de una Constitución material (pp. 259-260), y si esa Constitución base es la que permite la existencia de las mayorías (parlamentarias, vuelve a señalarlo) entonces ellas no podrían variar las reglas de juego que permiten su propia existencia. De todas maneras, el escéptico podría seguir preguntándose: ¿Por qué las mayorías no están legitimadas o facultadas para transgredir la base que les permite ser mayorías? La pregunta sería pertinente si se parte de que, al parecer, no existe razón jurídica que obligue a la continuidad, a futuro, de las mayorías (incluso, la democracia es un sistema que permite la alternancia del poder). Además, las mayorías pueden seguir siéndolo por fuera del sistema constitucional; lo que la Constitución material hace es otorgar o no poderes públicos a esas mayorías, pero no es la que hace, necesariamente, esas mayorías. En consecuencia, una cosa es señalar que la Constitución no da poderes a las mayorías para que la reformen, y otra es decir que la Constitución es la que permite la creación de las mayorías mismas, por lo cual no sería válido que el efecto varíe su causa. Todo se reduce, pues, a qué entender por los alcances de la Constitución material y cómo se conforma una mayoría. Lo que sí nos queda claro, por el momento, es que la preocupación mayor de COSTA –y no es para menos– no es el poder constituyente del *demos* sino el poder de reforma de la constitución por parte del Parlamento, que es un poder más real y, por tanto, peligroso.

No obstante, alguna luz nos da el autor italiano al finalizar este acápite:

“Por certo, ainda parece juridicamente incontrollável o poder constituinte: um poder que, de Sieyès em diante, concentra em si a imagem da absoluta liberdade criativa e destrutiva do demos e poderia parecer ainda livre para agir (‘revolucionariamente’), desarranjando a ordem constitucional existente. Parece, então, abrir-se novamente um processo ad infinitum e se repropor, em seu interior, aquele dilema fundamental – a tensão entre o soberano e a norma, entre o poder do demos e a ordem do direito e dos direitos – que ameaça tornar problemática a aliança entre a democracia política e o Estado constitucional” (p. 261).

Si entendí bien, COSTA señala que el problema de los límites del poder constituyente, entendido como *demos*, parece aún incontrolable, por lo que la tensión (el peligro) subsiste. No obstante, más adelante, el florentino hará una jugada que podría dar nuevas luces a

L'età dei diritti, 9ª ed., Torino, Einaudi, 2006, pp. 5-16) al no podérseles plantear una base objetiva (*Ibid.*, pp. VII-XX), por lo que es más relevante discutir sobre las garantías de los derechos (*Ibid.*, pp. 17-44). En fin, para este autor los derechos son logros históricos que exigen, para su supervivencia, de la acción política.

⁴⁵ Autor predilecto por muchos neoconstitucionalistas italianos, a pesar de ser su principal obra en esta línea, “*La costituzione in senso materiale*” (1940), un texto propio de la cultura fascista. Ver esta crítica en: PECES, “Epílogo”..., *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶ LASSALLE, “¿Qué es...”, *op. cit.*

este problema: el *demos* da paso a las elites, por lo que la tensión, discursivamente, podría disminuir.

De todas maneras, sea cual fuere la respuesta al interrogante que le planteo al lector, COSTA continúa señalando que el Estado atado a un constitución concreta como las surgidas en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, permite dar cuenta de un marcado antivoluntarismo y objetivismo en el momento de buscar fundamentar los derechos (resaltando en esto a HAURIOU y HÄBERLE), que terminan así enclavados en lo que Ferrajoli denomina “el ámbito de lo no decidible” (p. 260).

Ahora bien, se pregunta COSTA si el concepto de *demos* ha cambiado. La respuesta es contundente: no es que haya cambiado en sí mismo, sino que ya estamos en condiciones de señalar que se trató de un discurso fundamentador del sistema que ocultaba el poder de ciertas élites que seguían ciertas reglas de juego consideradas más aceptables que las del despotismo ilustrado. Nada más claro al respecto que la siguiente frase:

“Não são ‘todos’, ou mesmo os ‘muitos’, a decidir, mas os ‘poucos’, os membros das elites. Os mesmos partidos que, como novas organizações de massa, mudaram o quadro oitocentista da representação, exprimem e repetem em seu interior a lógica elitista que caracteriza todo o sistema político. O mecanismo democrático-representativo é, assim, apenas uma simulação legitimante: não dá voz ao povo soberano, mas simplesmente oferece um método eficaz para a formação da classe dirigente (para uma «simples designação» de «capaz», como já havia afirmado Vittorio Emanuele Orlando), além de permitir sua troca de maneira ágil e indolor” (pp. 262-263).

Y más adelante leemos:

“A democracia não é o poder do demos: é uma arena onde se desenvolve uma (regulamentada) competição entre líderes rivais, que não tanto exprimem a ‘vontade do povo’, quanto a ‘constroem’, induzem-na, com técnicas não muito diversas daquelas empregadas pelos publicitários, influenciando profundamente as inclinações dos eleitores. A concorrência entre políticos parece, em certa medida, semelhante à concorrência entre empresários empenhados a disputar uma ou outra categoria de consumidores” (p. 263).

Esto lleva a dudar de ROUSSEAU (pues no hay una voluntad general, sino muchas voluntades que expresan pluralidad de intereses) y de MARX (no hay un pueblo unitario que lucha por su emancipación). La democracia es la interacción de grupos y poderes diversos, con intereses distinguibles unos de otros: es una poliarquía (p. 264) que se expresa no mediante mayorías, sino mediante minorías que, por los juegos demócratas, mutan y se alternan más fácilmente que en otros modelos políticos. La democracia, pues, parte del

pluralismo, que a su vez es consecuencia de aceptar que el *demos*, como mayoría o pueblo con un interés identificable, es inexistente. Así, entendiendo el *demos* como un cúmulo de intereses heterogéneos, la tensión (el peligro) en una democracia entre la voluntad del poder estatal y la razón de los derechos pierde mucho peso, puesto que la democracia no pone en jaque el orden constitucional si reconoce la existencia de la pluralidad, en la medida en que ya no puede hablar de un pueblo, de una voluntad, de un interés. En fin: el Estado puede ser al mismo tiempo democrático y constitucional (p. 265).

Claro está que aquí el lector latinoamericano indagará por su contexto. COSTA, como he dicho, habla de la experiencia europea y, en algunos casos que él mismo deja en claro, de la estadounidense (así lo señala, en el último tema comentado, en la p. 264). Pero a pesar de estas precauciones del autor florentino, ¿puede trasladarse este pensamiento a América Latina? Como discurso transnacional que pretende ser el neoconstitucionalismo, pues claro que sí, pero, como realidad socio-política, bien sabemos que América Latina no ha logrado el reconocimiento efectivo de la diversidad que se predica en el Estado constitucional. Las fuerzas homogenizantes en los ámbitos socio-culturales son más fuertes en nuestra tradición, y no sólo se habla del hoy. Piénsese, por ejemplo, cómo en el siglo XIX latinoamericano los discursos del *demos* legitimante de la acción política estuvieron filtrados por la homogenización religiosa católica. Así, el lector podrá considerar la importancia de estas reflexiones en contextos bien diferentes.

Ya para finalizar, señala COSTA que no todo ha mudado. Si se analiza bien, sobrevive, en el concepto de democracia, del pensamiento tradicional de los siglos XVII y XVIII lo siguiente: el *demos* se resuelve en los sujetos (p. 265), pues, a fin de cuentas, la modernidad reivindica la existencia del sujeto sustantivo (asunto del que se habló al inicio). Sin embargo, gracias a las nuevas ideas que surcan el espacio-tiempo vital europeo de posguerra, podemos vislumbrar de alguna medida el fin de la tensión (del peligro) entre poder y derecho (p. 265), pues la constitución entra en armonía discursiva con una democracia entendida como pluralidad (p. 266). Aquí el lector se levantaría dando voces: algunas de protesta (¿terminará la tensión o mejor el riesgo para los derechos por parte del Estado si éste es ahora Constitucional?) o de alegría (¡llegó el fin –glorioso– de los tiempos despóticos!). Creí, debo confesarlo, que COSTA sería parte de este segundo grupo. Ya había preparado mis argumentos para indicarle al lector que, de algo tan bueno no se da tanto, puesto que la cultura de los derechos del neoconstitucionalismo puede llevar al totalitarismo (ahora del juez, lo que podría ser aún más tenebroso dependiendo de los contextos donde actúa) y a la extirpación de identidades culturales en nombre de los derechos occidentales, que son, *mutatis mutandi*, los mismos peligros de la Ilustración.

Pero, claramente, COSTA no se deja llevar por esas expresiones casi románticas de las voces de exagerado optimismo, y deja en claro que el tema aún no termina y que hay complicaciones que, de no ser bien manejadas, implicarían un volver a la tensión (al peligro) que ahora, discursivamente, se encuentra resuelto o en camino de resolución. La primera complicación se manifiesta en el interior de cada ordenamiento constitucional, donde existe

la tensión entre el derecho de participación en condiciones iguales de todos los sujetos, de un lado, con el orden jerarquizado de la sociedad poliárquica donde los grupos sociales más fuertes y organizados predominan sobre los otros, del otro (p. 266).

La segunda complicación es cómo articular el Estado constitucional con la globalización, que implica derecho supranacional (como la normativa de la Unión Europea), tribunales de justicia internacionales, cartas de principios y derechos transnacionales, etc. Esta segunda complicación detiene más al florentino, quien deja en claro que allí no se encuadra una tensión voluntad–razón, pues allí no se encuentra, dice él, un *demos* planetario ni un poder constituyente global, especialmente porque ya no hay más lugar para este mito fundador de la democracia (p. 267). Esto supone que el constitucionalismo contemporáneo lleva su campo de batalla a favor de la razón (a favor de los derechos) más allá de los ordenamientos nacionales, y la guerra se ganaría si se logra que en el orden global el fundamento de los nuevos poderes transnacionales sean los derechos fundamentales garantizados, incluso, por cartas internacionales (p. 267), donde los órganos judiciales –ahora internacionales– serían los guardianes naturales de los derechos –en el ámbito global– (p. 267; de esta manera, volvemos a la consideración del juez como brazo de la razón en la tensión con la voluntad que está en la p. 238).

Pero puede ver el lector que COSTA, si bien reconoce la complicación del Derecho global, no deja en claro a qué poderes se refiere, y tal vez fue algo ligera la forma en que estimó, desde el deber ser, los riesgos de una nueva tensión poder–derechos por fuera del marco democrático. Esto es, que desde la democracia, en su madurez europea, la tensión no debería ser fuerte justo por la ausencia de un *demos* y un poder constituyente planetario (aunque nada obste que se dé –primero por bloques regionales, luego continentales e, incluso, mundial– un poder constituyente que trascienda lo nacional). ¿Pero acaso la tensión en el ámbito internacional sólo se puede dar en la democracia tal como ha evolucionado en la actualidad? La misma especialidad que ha tomado la democracia y que bien nos la ilustra COSTA, ha hecho que ésta deje de concebirse como un acto de voluntad justificado por un *demos*, para pasar a ser un sistema regulatorio del poder de los grupos minoritarios que se alternan mutuamente (un grupo elite que gobierna en virtud de unas reglas preestablecidas consideradas como mejores ante las reglas de juego del autoritarismo), implica de suyo que esta democracia tan específica ya no incluya todos los modelos posibles en que se puede presentar en la actualidad el poder del *demos* mismo. Esto conlleva, pues, considerar como posible la tensión entre poder y derechos en los (viejos y, especialmente, nuevos) poderes internacionales, muchos de los cuales se conciben como demócratas, más allá de aquellos poderes públicos que pueden considerarse, por el común de la gente, como enmarcados dentro de la nueva posición que ha tomado la democracia constitucional. No confundamos los efectos políticos generados por el FMI o alguna multinacional, si se comparan con los que busca algún tribunal internacional de derechos humanos o la Corte Penal Internacional de Justicia, por decir algo⁴⁷.

⁴⁷ Para mayor ilustración sobre la complejidad de las relaciones entre voluntad y razón en el ámbito globalizado, ver: DAHRENDORF, Ralf (en diálogo con Antonio Polito), *Después de la democracia*, Padilla López

Agréguese que el lector, en estos momentos, puede preguntarse si estas dos complicaciones señaladas por COSTA son las únicas o, por lo menos, las más peligrosas para la tensión de la que se habla en el Estado Constitucional. Considero que otra complicación está en el debate entre la seguridad y la certeza que reclama todo sistema social para su funcionamiento –de un lado–, con los efectos que implicaría el neoconstitucionalismo –del otro–, asunto que, si no se maneja adecuadamente, podría generar un desencanto generalizado ante el modelo que tanto defienden ALEXYY y ZAGREBELSKY, entre otros. También podría mencionarse la complicación derivada del multiculturalismo y el discurso de los derechos individuales más allá del derecho a la igualdad. Otra complicación es que, en la medida en que se imponen mayores límites a las mayorías, se sube en el sistema jurídico jerárquico (recuérdese la buena crítica que hizo COSTA a KELSEN: limitó las mayorías en el momento de hacer la Ley, pero no en el momento de reformar la Constitución), pero eso implica que aumenta la incertidumbre de lo que el juez dirá como Derecho en tanto que la norma, siguiendo a KELSEN, cuanto más alta, más general (HART preferiría decir que es más vaga o ambigua). En fin, las complicaciones dentro de los ordenamientos, creo yo, son muchas más que las señaladas por el italiano.

Volviendo a COSTA, finaliza su trabajo matizando el optimismo del neoconstitucionalismo, indicando que hay otros dos problemas que se suman a las complicaciones del nuevo estado de cosas. El primero de estos problemas deriva en que el juez, especialmente el constitucional, al reconocerse ya como un agente político (pues desaparece el mito del juez neutral), como un creador de políticas públicas, pasa a ser un órgano que fluctúa entre la voluntad y la razón (ya no sólo un órgano defensor de la razón), lo que se suma a que carece de la legitimación que aporta la libertad de participación en tanto no es electo (p. 268). En fin, alude tangencialmente nuestro autor a lo que se ha denunciado como la tiranía de los jueces como un riesgo político en el Estado constitucional.

El segundo problema es que el baluarte de la democracia, en todo tiempo, es la libertad de participación. Pero hoy día, esta libertad de participación ¿no se ha erosionado justo por los ataques constantes que recibe la autonomía decisional de los sujetos? (p. 268). Dicho con otras palabras, ¿la video-cracia⁴⁸, por decir algo, que domina los ámbitos electorales contemporáneos está de acuerdo con el nuevo marco democrático, que, al articularse con la Constitución, da lugar a un posible fin de la tensión voluntad-razón?

COSTA, pedagógicamente, no responde estos interrogantes, sólo nos los señala en el último párrafo de su obra: si el lector considera que las complicaciones y los problemas

(trad.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003. Este texto analiza muchas de las preocupaciones expresadas por Costa: la crisis de la democracia en el Estado-nación contemporáneo (pp. 7-15 y 81-97), el problema de la democracia en el ámbito internacional (pp. 16-30), la ausencia de un *demos* europeo (pp. 39-63, especialmente 55-58), el poder de los medios de comunicación como intermediarios entre el gobierno y los sujetos (pp. 98-109), etc. El lector podría, sin mayores dificultades, poner a dialogar estas dos obras.

⁴⁸ Y aludo especialmente al siguiente texto: SARTORI, Giovanni, *Homo videns*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

no tienen fundamento, entonces la tensión fue resuelta; pero podría concluirse en otra vía: que la democracia contemporánea renunció al sueño de reconducir el mundo a través de los (derechos de los) sujetos (p. 268).

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En fin, concluyendo, quería dejar en claro al lector que esta obra, sin duda alguna, es una herramienta fundamental para los estudios de base que comparten la historia del derecho, la iusfilosofía y el derecho constitucional. Las bondades de la obra están ancladas, especialmente, en el estilo ameno del autor, en la profundidad de lo dicho (para el lector avezado) y en la tranquilidad de la exposición de lo fundamental (para un lector más generalista). Ampliamente recomiendo su lectura, pero sin misticismos, sin dogmatismos, sin actos de fe. Y la mejor manera de hacerlo es matizando y preguntando hasta el límite.

Es por ello que finalizo con una cuestión que haría me preocupa y que el lector podrá usar en su ejercicio cognitivo: ¿acaso la pretendida guerra contra el terrorismo no es el nuevo ropaje del estatismo para dominar, por la voluntad (o gracias al miedo) del *demos* y a favor de cierta elite que controla lo público, la razón de los derechos?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, 9ª ed., Torino, Einaudi, 2006.
- Per una teoria generale della politica, Torino, Einaudi, 1999.
- BOTERO BERNAL, Andrés, “Algunas influencias del primer proceso constitucional neogranadino: El constitucionalismo gaditano, las revoluciones, las ilustraciones y los liberalismos”, *Ambiente Jurídico*, n° 10, 2008, pp. 168-210.
- “Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na America Latina”, Francisco Codorniz (trad.), *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, Curitiba-Brasil, n° 49, 2009, pp. 109-126.
- CARONI, Pío, *La soledad del historiador del derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Mora y Manuel Martínez (trads.), Madrid, Universidad Carlos III, 2010.
- CORREAS, Óscar (compilador), *El otro Kelsen*, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2003.
- COSTA, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.
- Iurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969.
- Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*, Curitiba, Juruá Editora, 2010.
- “Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra”, en *Direito natural, justiça e política*, Cunha (ed.), Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 213-244.

- DAHRENDORF, Ralf (en diálogo con Antonio Polito), *Después de la democracia*, Padilla López (trad.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León, “La formación intelectual de los constituyentes colombianos en la primera mitad del siglo XIX”, en *Origen del constitucionalismo colombiano. Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, Botero Bernal (ed.), Medellín, Universidad de Medellín, 2006, p. 53-78.
- “Otras «luces» sobre la temprana historia política de Colombia, 1780-1850: Gaetano Filangieri y la «ruta de Nápoles a las Indias Occidentales»”, *Co-herencia: Revista de Humanidades*, Vol. 3, n° 4 (enero-junio), 2006, pp. 79-111.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*, 2ª ed., Martínez Neira (trad.), Madrid, Trotta, 1998.
- GARCÍA PACUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari, Laterza, 1995.
- Prima Lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- JACOBSON, J. Mark, *The Development of American Political Thought*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1932.
- KELSEN, Hans, *A new science of politics. Hans Kelsen's reply to Erik Voegelin's "New science of politics"*. A contribution to the critique of ideology, Eckhart (ed.), Frankfurt, Ontos Verlag, 2004.
- Esencia y valor de la democracia*, Luengo Tapia y Legaz Lacambra (trads.), Monereo Pérez (ed.), Granada, Comares, 2002.
- Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960.
- Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Stuttgart, Reclam, 2000.
- LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États – Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie. Lambert, 1921.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (1862), Bogotá, Temis, 1992.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, “Jueces ordinarios y justicia constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, n° 3, 2007, pp. 539-574.
- LEVAGGI, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- LOCKE, John, *A letter concerning toleration*, New York, Prometheus Books, 1990.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *La teoría impura del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional, 2004.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *De responsabilitate: una breve historia de la responsabilidad pública*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en *Zagrebel'sky: El derecho dúctil*, Marina Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1995, pp. 157-173.
- PETIT, Carlos, “Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert”, en *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Durand y Mayali (eds.), Berkeley, Robbins Collection, 2000, pp. 503-554.

- “Homenaje a Paolo Grossi (algo menos que una *laudatio*)”, *Quaderni fiorentini*, n° 39, 2010, pp. 555-564.
- POUND, Roscoe, “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, *American Law Review*, 40 (September-October), 1906, pp. 729-749.
- ROSENBERG, Gerald, *The Hollow Hope. Can Courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.